إخلاص الناوي

في

إرشاد الغاوي

إلى مسالك الحاوي

لنجم الدين عبد الغفار بن عبد الكريم القزويني

المتوفى ٦٦٥ هـ

تأليف

شرف الدين إسماعيل بن أبي بكر بن عبد الله

المعروف بابن المقرئ

المتوفى ٨٣٧ هـ

تحقيق وتعليق

الشيخ عادل أحمد عبد الموجود | الشيخ علي محمد معوض

الجزء الثاني

منشورات

محمد علي بيضون

لنشر كتب السنة والجماعة

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

منشورات محمد علي بيضون



دار الكتب العلمية

الطبعة الأولى
٢٠٠٤ م - ١٤٢٤ هـ

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

رمل الظريف - شارع البحتري - بناية ملكارت
الإدارة العامة: عرمون - القبة - مبنى دار الكتب العلمية
هاتف وفاكس: ١٣/١٢/١١/٨٠٤٨١٠ (٥ ٩٦١+)
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beirut - Lebanon
Raml Al-Zarif, Bohtory Str., Melkart Bldg. 1st Floor
Head office
Aramoun - Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
P.O.Box: 11-9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Beyrouth - Liban
Raml Al-Zarif, Rue Bohtory, Imm. Melkart, 1er Étage
Administration général
Aramoun - Imm. Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13
B.P: 11-9424 Beyrouth - Liban

ISBN 2-7451-3975-4
9782745139757 90000>

http://www.al-ilmiyah.com/

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

بسم الله الرحمن الرحيم

الرهن[1]

وقوله: باب: صحة رهن بإيجاب وقبول، أو استيجاب من أهل بيع.

أى: لا يصح الرهن إلا بالإيجاب، كقول الراهن: رهنت هذا منك بكذا، والقبول؛ كقول المرتهن: ارتهنت أو قبلته، أو الاستيجاب؛ كقوله: ارهن عبدك منى بكذا.

ويشترط التوافق فى المعنى والتواصل كما فى البيع، ويجوز التعليق بالمشيئة، واشترط فى الحاوى لإيجاب الرهن أهلية البيع وأخر القبول عنه، فاقتضى كعادته[2] أنه لا يشترط فيه أهلية البيع، فليس كذلك، بل الإيجاب والقبول فيه ممن له أهلية البيع شرط[3].

وقوله: لاوَلى، ومكاتب، ومأذون، إلا من أمين آمن، إن اشترى مساوى ثمن ورهن، أو بشرطه فى اشتراء عقار لنهب.

أى: وليس لولى سواء كان أبًا أو جدًّا أو وصيًا أو قاضيًا، أو قيمًا، ولا المكاتب ولا المأذون - أن يرهن إلا من أمين، فلا يجوز أن يرهن له مع غير أمين؛ لأنه يؤمن أن يتلفه أو يجحد، ويشترط أن يكون المرهون منه آمنا لا يخاف عليه معه نهب، ولا يجوز أن يرهنه

---

(١) الرهن فى اللغة: الثبوت والدوام، يقال: ماء راهن أى: راكد ودائم، ونعمة راهنة أى: ثابتة دائمة. ويأتى بمعنى الحبس. ومن هذا المعنى: قوله تعالى: ﴿كُلُّ ٱمْرِيِٕۭ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾ [الطور: ٢١] وحديث: «نفس المؤمن مرهونة - أى محبوسة - بدينه حتى يقضى عنه دينه». وشرعا: جعل عين مالية وثيقة بدين يستوفى منها أو من ثمنها إذا تعذر الوفاء.

والأصل فى مشروعية الرهن قوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا۟ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، والمعنى: فارهنوا، واقبضوا، كقوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] وخبر «أن النبى صلى الله عليه وسلم: اشترى طعاما من يهودى إلى أجل ورهنه درعا من حديد». وقد أجمعت الأمة على مشروعية الرهن، وتعاملت به من لدن عهد النبى صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا، ولم ينكره أحد.

والرهن جائز وليس واجبا. وقال صاحب المغنى: لا نعلم خلافا فى ذلك؛ لأنه وثيقة بدين، فلم يجب كالضمان، والكفالة. والأمر الوارد به أمر إرشاد، لا أمر إيجاب، بدليل قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٨٣] ولأنه أمر بعد تعذر الكتابة، والكتابة غير واجبة، فكذلك بدلها.

(٢) فى ط: كعارية.

(٣) ينعقد الرهن بالإيجاب والقبول وهذا محل اتفاق بين الفقهاء، واختلفوا فى انعقاده بالمعاطاة، فذهب الشافعية فى المعتمد إلى أن الرهن لا ينعقد إلا بإيجاب وقبول قوليين كالبيع. وقالوا: لأنه عقد مالى فافتقر إليهما. ولأن الرضا أمر خفى لا اطلاع لنا عليه فجعلت الصيغة دليلا على الرضا، فلا ينعقد بالمعاطاة، ونحوه. وقال المالكية والحنابلة: إن الرهن ينعقد بكل ما يدل على الرضا عرفا فيصح بالمعاطاة، والإشارة المفهمة، والكتابة، لعموم الأدلة كسائر العقود، ولأنه لم ينقل عن النبى صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من الصحابة استعمال إيجاب وقبول فى معاملاتهم، ولو استعملوا ذلك لنقل إلينا شائعا، ولم يزل المسلمون يتعاملون فى عقودهم بالمعاطاة. ويشترط فى الصيغة ما يشترط فى صيغة البيع.

مع الأمين الآمن إلا إذا اشترى شيئًا يساوى الثمن والمرهون؛ مثل: أن يشترى ما يساوى مائتين بمائة، ورهن به شيئًا يساوى مائة؛ لأنه إذا تلف الرهن، ففى المشترى ما يجبره، ويجبر الثمن، فلو طلب رهنًا يساوى أكثر لم يساعده، ولو كان عقارًا يؤمن تلفه، وكذلك يجوز رهنه مع الأمين الآمن فى زمن نهب يخاف على الرهن معه، ولا يخاف عليه مع المرتهن، بشرط أن يرهنه الولى فى عقار اشتراه له شرط الرهن وإن كان بثمن المثل.

وقوله فى الحاوى: ورهن الولى والمكاتب والمأذون أن يساوى المشترى الثمن والمرهون، أو لنهب أو نفقة، فيه أمور:

أحدها: أنه أطلق [جواز رهنه لذلك][1] ولم يقيده بالأمين، ولابد منه، قال صاحب البهجة: ولم يجوزوا أن يرهنوا ممن على الإيداع لا يستأمن.

الثانى: أنه أطلق جواز رهنه للنهب، وهو مقيد بما إذا كان المرتهن لا تمتد إليه يد النهب، وإلا فلا يجوز كما نصوا عليه[2].

الثالث: أنه لم يذكر السبب الذى جوز الرهن به فى الخوف، وذلك إذا اشترى له عقارًا واشترط عليه الرهن، وأن يكون غير قادر على الثمن، وهذا يغنى عنه قوله بعد: إن ارتقب غلاء، وما بعده؛ فإن معناه أنه لا يجوز[3] إلا إذا عجز عن النقد وارتقب ما يأتى ذكره.

وقوله: ومن غير المأذون لنفقة، وإصلاح ضيعة، وإيفاء حق، إن ارتقب غلاء أو غلة أو حلول دين.

أى: من أمين آمن[4] إن اشترى مساوى للثمن والرهن، أو لنهب عقار أو نفقة، فيجوز ذلك للولى، أبًا كان أو وصيًّا ونحوه أن يرهن فيما اشتراه بشرطه، أو لنفقة الطفل، وإصلاح ضياعه، وإيفاء حقوق عليه، إذا كان مرتقبًا لغلة الطفل من أرضه ونحوها، أو مرتقبًا لأن تغلو بضاعته، وكان فى إبقاء المرهون مصلحة، وكذلك إذا كان يرتقب حلول دين الطفل، ففى كل هذه الأحوال يجوز له الرهن من الأمين الآمن، والمكاتب فى هذا جميعه كالولى بخلاف المأذون.

وقوله: وارتهن ولى لطفل بما ورث، وكل بدين تعذر، وبما أقرض أو باع مؤجلًا لنهب ووجب لبيع غبطة.

---

(١) فى ط: الجواز لذلك.
(٢) فى ط: كما ذكروا.
(٣) فى أ: لا يرهن.
(٤) فى ط: أى الآمن أمين أمن.

أى: ويجوز[١] الارتهان للمولى عليه بما ورثه من دين مؤجل، ويجوز لكل من المولى والمكاتب والمأذون ارتهان بدين تعذر استيفاؤه فى الحال، وكذلك يرتهن له إذا أقرض ماله أو باعه نسيئة لنهب أو حريق، وقيل: الأولى ألا يرتهن؛ لأنه قد يتلف، ويقع مع حاكم يرى سقوط الدين بتلف الرهن، ولا يجوز للولى أن يقرض مال المولى عليه، ولا أن يبيعه، إلا لخوف، وأما بيع ماله لغبطة فلا يجوز إلا بأن يرتهن له وإلا بطل البيع، وضمن الولى، وهو معنى قوله فى الأصل: ووجب لبيع غبطة.

ويجوز للقاضى إقراض مال الطفل ونحوه لكثرة أشغاله، وللمكاتب والمأذون حكم ولى الطفل، وقد صرح به فى الأصل، وقد أطلق [به][٢] فى الحاوى: أنه يرتهن [له][٣] بدينه الموصوف، وإنما أقرض أو باع نسيئة لنهب أو غبطة، فسوى بين الارتهان للنهب والبيع للغبطة وليسا بسواء؛ فإن الارتهان للنهب جائز، ولبيع الغبطة واجب، وقد بين ذلك فى الإرشاد.

وقوله: وصحة عقده فى عين.

أى: لا يصح عقد الرهن إلا فى عين، فلا يصح فى دين ولو ممن عليه على الأصح؛ لأن الراهن لا يقدر على تسليمه إلى المرتهن، ولايجوز رهن المنافع؛ لأنها تتلف أولًا بأول، ويصح رهن الشائع كبيعه، ولأن قبضه ممكن، فلو رهن نصيبه، من بيت معين، من جملة دار مشتركة، فوجهان الأصح الجواز، فإن خرج [فى نصيب شريكه][٤] بالقسمة غرم قيمته وجعلت رهنًا، وقيل: يكون كالتالف بآفة سماوية، واحترز بقوله: وصحة عقده فى عين، من الدين الذى يصير بإتلاف المرهون مرهونًا، فإنه بإتلافه تبقى قيمته أو أرشه رهنًا، وهو فى ذمة المتلف، وهذا وارد على الحاوى[٥].

---

(١) فى أ: ويجب.
(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٣) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٤) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٥) الفقهاء على أنه يجوز أخذ الرهن بكل حق لازم فى الذمة، أو آيل إلى اللزوم، ثم اختلفوا فى بعض التفاصيل. فقال الشافعية: يشترط فيما يجوز أخذ الرهن به ثلاثة شروط:
أولًا: أن يكون دينا، فلا يصح أخذ الرهن بالأعيان مضمونة كانت أو أمانة، وسواء كان ضمان العين بحكم العقد أو بحكم اليد، كالمستعار، والمأخوذ بالسوم، والمغصوب، والأمانات الشرعية كالوديعة ونحوها، وقالوا: لأن الله تعالى ذكر الرهن فى المداينة فلا يثبت فى غيرها؛ ولأن الأعيان لا تستوفى من ثمن المرهون، وذلك مخالف لقرض الرهن عند بيعه.
ثانيًا: أن يكون الدين ثابتا، فلا يصح أخذ الرهن بما ليس بثابت، وإن وجد سبب وجوبه، فلا =

وقوله: تباع لدى محله، لا مدبر، ومعلق عتق بصفة قد تتقدم.

أى: ويشترط أن يكون المرهون مما يجوز بيعه[1] عند حلول الدين؛ لأن ذلك هو

= يصح بما سيقرضه غدا، أو نفقة زوجته غدا؛ لأن الرهن وثيقة حق فلا يتقدم عليه، وهو رأى الحنابلة.

ثالثًا: أن يكون الدين لازمًا أو آيلاً إلى اللزوم، فلا يصح بجعل الجعالة قبل الفراغ من العمل؛ لأنه لا فائدة فى الوثيقة مع تمكن المديون من إسقاطها. فيصح عندهم أخذ الرهن بكل حق لازم فى الذمة ثابت غير معرض للإسقاط من الراهن، كدين السلم، وعوض القرض، وثمن المبيعات، وقيم المتلفات، والمهر، وعوض الخلع غير المعينين، والدية على العاقلة بعد حلول الحول، والأجرة فى إجارة العين. وقال المالكية: يجوز أخذ الرهن بجميع الأثمان الواقعة فى جميع البيوعات، إلا الصرف، ورأس مال السلم؛ لأنه يشترط فيهما التقابض فى المجلس، ويجوز أخذ الرهن بدين السلم والقرض، والمغصوب، وقيم المتلفات، وأرش الجنايات فى الأموال، وجراح العمد الذى لا قود فيه كالمأمومة، والجائفة، وارتهان قبل الدين من قرض أو بيع، وما يلزم المستأجر من الأجرة بسبب عمل يعمله الأجير له بنفسه أو دابته، وما يلزم بسبب جعالة ما يلزم بالعارية المضمونة. وقال الحنفية: يجوز أخذ الرهن بعوض القرض وإن كان قبل ثبوته، بأن يرهنه ليقرضه مبلغا من النقود فى الشهر القادم، فإن هلك الرهن فى يد المرتهن كان مضمونا بما وعد من الدين، وبرأس مال السلم، وثمن الصرف، والمسلم فيه، فإن هلك الرهن فى المجلس تم الصرف والسلم، وصار المرتهن مستوفيا حقه حكما، وإن افترقا قبل نقد (قبض) أو هلاك بطلا. ويجوز الرهن بالأعيان المضمونة بعينها كالمغصوبة، وبدل الخلع، والصداق، وبدل الصلح عن دم العمد؛ لأن الضمان متقرر، فإنه إن كان قائما وجب تسليمه، وإن كان هالكا تجب قيمته، فكان رهنا بما هو مضمون. أما الأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع فى يد البائع، والأمانات الشرعية كالودائع، والعوارى، والمضاربات، ومال الشركة، فلا يجوز أخذ الرهن بها. وقال الحنابلة: يصح الرهن بكل دين واجب أو مآله إلى الوجوب، كقرض، وقيمة متلف، وثمن فى مدة الخيار، وعلى العين المضمونة كالمغصوب والعوارى، والمقبوض على وجه السوم، والمقبوض بعقد فاسد؛ لأن المقصود من الرهن الوثيقة بالحق، وهو حاصل، فإن الرهن بهذه الأعيان يحمل الراهن على أدائها، فإن تعذر أداؤها استوفى بدلها من ثمن الرهن، فأشبهت ما فى الذمة. ويجوز أخذ الرهن على منفعة إجارة فى الذمة، كمن استؤجر لبناء دار، وحمل شىء معلوم إلى محل معين، فإن لم يعمل الأجير العمل بيع الرهن، واستؤجر منه من يعمله. ويجوز أخذ الرهن بدية على عاقلة بعد حلول الحول لوجوبها، أما قبل حلول الحول فلا يصح لعدم وجوبها. ولا يجوز أخذ الرهن على جعل الجعالة قبل العمل، ولا على عوض مسابقة قبل العمل لعدم وجوب ذلك، ولا يتحقق أنه يئول إلى الوجوب. وبعد العمل جاز فيهما. ولا يصح أخذ الرهن بعوض غير ثابت فى الذمة كالثمن المعين كقطعة من الذهب جعلت بعينها ثمنا. والأجرة المعينة فى الإجارة، والمنفعة المعينة المعقود عليها فى الإجارة، كدار معينة، ودابة معينة، لحمل شىء معين إلى مكان معلوم؛ لأن الذمة لم يتعلق بها فى هذه الصور حق واجب، ولا يئول إلى الوجوب؛ ولأن الحق يتعلق بأعيان هذه الأشياء.

(١) لا خلاف بين الفقهاء فى أنه يجوز رهن كل متمول يمكن أخذ الدين منه، أو من ثمنه عند تعذر وفاء الدين من ذمة الراهن. ثم اختلفوا فى بعض التفاصيل. فقال الشافعية والحنابلة: إن كل عين جاز بيعها جاز رهنها؛ لأن المقصود من الرهن أن يباع ويستوفى الحق منه إذا تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن، وهذا يتحقق فى كل عين جاز بيعها، ولأن ما كان محلا للبيع كان محلا لحكمة الرهن، =

المقصود من الرهن، فإن رهنه عبدًا مدبرًا لم يجز؛ لأن السيد قد يموت فجأة فيعتق، وهذا غرر[1] لا حاجة إليه، وأما رهن العبد المعلق عتقه بصفة تتأخر به عن حلول الدين فصحيح، فإن كانت[2] تتقدم لم يصح، وكذا إذا أمكن تقدمها وتأخرها، مثل أن يعلقه بقدوم غائب[3] ونحوه لما فيه من الغرر.

وقوله: ولو عارية من عارف، بالمرتهن، ودينه جنسًا ونوعًا وقدرًا وصفة وهو ضمان فى عينه.

أى: وصحة الرهن فى عين ولو كانت عارية[4]، فلا يشترط أن تكون ملكًا للراهن، والأصح أنه ضمان من المعير فى العين المستعارة، فيشترط أن يعرف المرتهن وجنس الدين ونوعه وقدره وصفته؛ لأن الأغراض تختلف باختلاف ذلك.

ولو قال له: أعرنى لأرهن بألف فأعاره كفى على الأصح، وإن لم يقيد المعير الإذن بألف.

وقوله فى الحاوى: إن ذكر لم يرد أن يشترط ذكر ذلك فى نفس العقد، بل أراد أن يظهر للمعير ذلك حتى يعرف ما يضمن فى رقبة ماله[5].

= فيصح عندهم بيع المشاع سواء رهن عند شريكه أم عند غيره قبل القسمة أم لم يقبلها، وما لا يصح بيعه لا يصح رهنه، فلا يصح رهن المسلم، أو ارتهانه كلبا، أو خنزيرا، أو خمرا. وقال المالكية: يجوز رهن ما فيه غرر يسير، كبعير شارد، وثمر لم يبد صلاحه؛ لأن للمرتهن دفع ماله بغير وثيقة، فساغ أخذه بما فيه غرر؛ لأنه شىء فى الجملة وهو خير من لا شىء، بخلاف ما فيه غرر شديد كالجنين، وزرع لم يخلق. واشترط الحنفية فى المرهون ما يلى: ١ - أن يكون محوزا أى مقسوما، فلا يجوز رهن المشاع. ٢ - وأن يكون مفرغا عن ملك الراهن، فلا يجوز رهن مشغول بحق الراهن، كدار فيها متاعه. ٣ - وأن يكون مميزا، فلا يجوز رهن المتصل بغيره اتصال خلقة كالثمر على الشجر بدون الشجر؛ لأن المرهون متصل بغير المرهون خلقة فصار كالشائع.

(١) فى أ: وهذا عذر.

(٢) فى أ: فيصح، فأما إذا كانت.

(٣) فى أ: نائب.

(٤) يصح رهن المستعار بإذن المعير باتفاق الفقهاء. ونقل صاحب المغنى عن ابن المنذر إجماع أهل العلم على جواز الاستعارة للرهن؛ لأنه توثق، وهو يحصل بما لا يملكه الراهن بدليل صحة الإشهاد والكفالة، ولأن للمعير أن يلزم ذمته دين غيره، فيملك أن يلزم عين ماله؛ لأن كلا منهما محل حقه، وتصرفه.

(٥) اختلف الفقهاء فى ضمان العين المستعارة للرهن، وفيمن يضمنها. فذهب الشافعية والحنابلة، وهو مقتضى كلام المالكية إلى أن الأصل فى العين المستعارة للرهن الضمان، ثم قال الشافعية: إذا هلكت فى يد المستعير قبل أن يرهنها ضمن؛ لأنه مستعير، والعارية مضمونة. وإن تلفت بعد قبض المرتهن بلا تعد ولا تفريط فلا ضمان عليهما، ولا يسقط الحق عن ذمة الراهن. لأن المرتهن أمين؛ ولأن العقد عقد ضمان أى ضمان الدين على رقبة المرهون، فتكون يد المرتهن يد أمانة بعد الرهن، =

وقوله: فإن خالف ولو بنقص من مرتهنين لا دين، بطل.

أى: فإن خالف المستعير ما أذن فيه المعير، بأن رهنه بأكثر أو بجنس، أو بنوع آخر، أو أذن له فى الرهن حالًا فأجل[١] أو عكسه، أو ليرهن من واحد فرهن من اثنين - بطل؛ لأنه قد يعجل أحدهما فيبيع حصته، فيتبعض[٢].

وكذا لو خالف بالنقص من المرتهنين، بأن أذن له أن يرهن من اثنين فرهن من واحد؛ لأنه قد يكون له غرض بفكاك نصيب أحدهما.

وإن رهن بأقل مما أذن له من الدين صح الرهن؛ لأنه أغبط للمعير.

وقوله فى الحاوى: وبطل إن خالف لا إن نقص القدر لا ليرهن من واحد، فرهن من اثنين، أو بالعكس، صوابه: لا ليرهن من اثنين فرهن من واحد؛ لأنه فى هذه الصيغة نقصان قدر استثنى من نقصان، ولا حاجة إلى ذكر عكسه؛ لدخوله فى المخالفة، وأما الذى أتى به فليس قبله ما يخالفه حتى يستثنيه منه وذلك ظاهر.

وقوله: ولزم بقبض المرتهن وصار به أمانة.

أى: الرهن المستعار يستحق صاحبه الرجوع فيه، ولو بعد عقد الرهن ما لم يقبضه المرتهن، وهو أيضًا من ضمان المستعير ما لم يقبضه المرتهن، فإذا قبضه لزم، ولم يجز الرجوع فيه وصار أمانة؛ كالرهن المملوك لا يضمنه المستعير ولا المرتهن بتلف، ولا بجناية يجنيها.

وقوله: فإن حل أجل أمر المعير، هذا بفكه، وهذا بطلب دينه، أو فسخه.

أى: فإن حل الدين الذى رهن به المستعير[٣]، أو كان حالًا، فللمعير أن يطالب المستعير بفك الرهن، ويجبره[٤] عليه، ولا يقال: ليس له ذلك كما ليس للضامن أن يطالب المضمون عنه ببراءة ذمته على الأصح، والفرق: أن مال هذا مشتغل بالدين فهو كما لو غرم

= فلا ضمان بالتعدى. وقال الحنابلة: إن الاستعارة للرهن عقد ضمان، فيضمن الراهن المرهون إن هلكت، بتفريط أو بغير تفريط؛ لأن العقد لا يخرج عن أن يكون عقد عارية والعارية مضمونة، فيضمن المستعير وهو الراهن. وقال الحنفية: إن يد المستعير للرهن يد أمانة، فلا يضمن العين المستعارة للرهن إن هلكت قبل رهنه أو بعد فكه، وإن استخدمه أو ركبه من قبل؛ لأنه أمين خالف ثم عاد إلى الوفاق، أما المرتهن فيده يد ضمان، فإذا هلكت العين المستعارة للرهن فى يده صار مستوفيا حقه ووجب للمعير على المستعير الراهن مثل الدين.

(١) فى ط: فأخلّ.
(٢) فى ط: فينتقص.
(٣) فى ط: المستعار.
(٤) فى ط: ويُجْبَر.

الضامن، وله أن يطالب المرتهن بأن يطلب دينه، أو يفسخ الرهن، ويجبر على ذلك.

وقوله فى الحاوى: ويؤمر الراهن بالفك والمرتهن برد ماله أو طلب دينه، يريد فسخ الرهن، وأما إذا رده إليه بلا فسخ، فلا فائدة لامتناع تصرفه فيه.

وقوله: وإن وجب بيعه روجع، ورجع بما بيع.

أى: إذا غاب الراهن أو أعسر وتعين بيع الرهن، روجع المعير فلعل له غرضًا فى فائدة، فإن لم يأذن له ولم يعده باعه الحاكم، فإن بيع رجع على المستعير بما بيع به.

قال الرافعى: فإن بيع بأكثر من قيمته، وقلنا: إنه عارية قال الأكثرون: لا يرجع إلا بقيمته، وقال القاضى أبو الطيب: يرجع بما بيع به كله؛ لأنه ثمن ملكه وقد صرف إلى دين الراهن.

قال الرافعى: وهذا حسن، واختاره الإمام وابن الصباغ، والرويانى.

وقال النووى: قلت: هذا الذى اختاره هو الصواب، واختاره الشاشى أيضًا.

وإن باعه بأقل من قيمته لم يصح، فإن كان قدرًا يتغابن به الناس رجع بما بيع.

وقوله: وكذا لو رهنه عنه، أو ضمن فى رقبته بإذنه.

أى: إذا قال المديون لرجل: ارهن عبدك عنى من فلان بدينه على ففعل، فحكمه حكم ما لو استعاره منه فيما ذكرناه كله، وكذا لو قال: ضمنت مالك على فلان فى رقبة عبدى على الأصح، لكنه لا يرجع، إلا إذا ضمن بإذنه، فإنما ذكرناه فى أصل الإذن؛ لتحصل المساواة بما قبله من كل وجه.

وقوله: ويرهن ما يفسد قبل محل دين ولا يجب إن شرط بيعه ليصير ثمنه رهنًا.

أى: ويجوز رهن ما يسارع إليه الفساد لرطوبة إذا أمكن تجفيفه كأكثر الرطب والعنب، وإن لم يمكن تجفيفه، كالرطب الذى لا يتتمر ونحوه وكالهريسة ونحوها، فإن كان الدين حالًا أو يحل قبل الفساد، جاز ويباع، فإن تركه المرتهن ففسد، وقد أذن له فى بيعه أو وجد حاكمًا يرفعه إليه - ضمن وإلا فلا، وإن علم فساده قبل الحلول لم يصح رهنه، إلا إذا شرط بيعه عند خوف الفساد، ويصير ثمنه رهنًا بنفس البيع، فلو رهنه وأطلق لم يصح فى الأصح، فإن احتمل أن يفسد قبله أولا يفسد، فالمذهب صحة رهنه.

وقوله فى الحاوى: [وغيره][1] وجعل الثمن رهنًا، لم يرد أنه يشترط أن يجعل الثمن رهنًا بعقد آخر، بل أراد أنه يشترط فى العقد أن يشترط بيعه ليكون ثمنه رهنًا.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

وقوله: كثمن رهن خيف تلفه.

أى: إذا رهن ما لا يتسارع إليه الفساد ثم طرأ ما يفسده كحنطة ابتلت ولا يمكن تجفيفها وخيف عليها التلف، فإنها تباع كما يباع، هذا ويصير ثمنها رهنًا ولا ينفسخ الرهن لكونها لا يصح العقد على مثلها، إلا بشترط البيع؛ [لأنه يحتمل فى الدوام ما لا يحتمل فى الابتداء، ألا ترى أن الآبق لا يجوز بيعه، ولو أبق بعد البيع][١] وقبل القبض لم ينفسخ.

وقوله: وكونه بدين ثابت لا زم، ولو فى أصله، كثمن فيه خيار، لا كجعل قبل فراغ.

أى: وصحة الرهن أن يكون بدين، فلا يصح الرهن بالأعيان المغصوبة[٢]، فمن ظفر بغاصب ماله ورهنه به رهنًا لم يصح؛ لأن المقصود من الرهن [أن يباع ويستوفى الحق منه، والعين لا يمكن استيفاؤها من المرهون، فإن قيل: فلم لا يجرى الخلاف][٣] فى جوازه كضمان الأعيان؟ قلنا: لأن ضمان الأعيان ملحق بالكفالة بالبدن، ولا يلزم الغرم فيها على الصحيح، والرهن لم يوضع إلا للغرم، وغرم العين منه متعذر، ويشترط كون الدين ثابتًا، فلا يجوز الارتهان به قبل ثبوته كثمن ما سيشتريه منه وإن اشتراه منه فى المجلس، وأن يكون لازمًا، والدين الثابت ينقسم إلى لازم وغير لازم، واللازم ينقسم إلى لازم حال الرهن وغير لازم، فاللازم حال الرهن يجوز الارتهان به، سواء كان مستقرًا كالثمن بعد القبض، أو غير مستقر كالثمن قبل القبض، والأجرة قبل استيفاء المنفعة والصداق قبل الدخول، واللازم لا فى حال الرهن كالثمن، فى مدة الخيار ملحق باللازم ابتداء؛ لأن أصله اللزوم، ومآله إلى أصله، وما ليس بلازم، ولا أصله اللزوم كدين الكتابة والجعالة لا يجوز الارتهان به؛ إذ للمكاتب الفسخ متى شاء، وكذلك الجعل لا يصح الارتهان به، ما لم يفرغ من العمل أيضًا؛ لأن كليهما غير لازم ولا لهما أصل فى اللزوم.

وقوله: ويزاد بالدين رهن، لا عكسه، إلا بفداء أو إنفاق بشرط.

أى: ويجوز أن يرهن بالدين الواحد رهنًا بعد رهن، فإذا رهنه عبدًا بعشرة، ثم رهنه بها عبدًا آخر - جاز.

ولو أراد أن يزيد على الرهن دينًا مثل أن يرهنه عبدًا بعشرة ثم أقرضه عشرة أخرى ليكون العبد مرهونًا بهما، لم يجز على الأظهر، نعم لو جنى العبد جناية ففداه المرتهن بإذن الراهن ليكون مرهونًا بالدين والفداء صح؛ لأنه من مصالح الرهن، فكذا لو أذن له الحاكم فى الإنفاق على الرهن بشرط أن يكون مرهونًا بالجميع، وقوله: بشرط، أى بشرطهما، أما

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى أ.
(٢) فى أ: المضمونة.
(٣) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

إذن المرتهن فى الفداء، إذا جنى العبد جناية عُلى أن يكون رهنًا به أيضًا، أو الحاكم فى الإنفاق إن غاب على أن يكون رهنًا بهما، وهاتان واردتان على إطلاق الحاوى؛ لأنه لم يستثنهما.

وقوله: ويمزج رهن ببيع، أو قرض، إن أخر طرفاه.

أى: ويجوز أن يمزج الرهن بالبيع أو القرض إن أتى البائع أو المقرض أولًا بإيجاب البيع أو القرض، ثم باستيجاب الرهن، وأتى المشترى أو المقترض بالقبول ثم بإيجاب الرهن كبعتك هذا الثوب بمائة، أو ارتهنت بها منك هذا العبد، فيقول المشترى: اشتريت ورهنتك.

فإن قيل: كيف صححتم الرهن، وقد تقدم أحد شقيه على ثبوت الدين، فهلّا فسد، كما لو قال: كاتبتك وبعتك هذا الثوب بألف، قلنا: الفرق أن الرهن من مصالح البيع، فلما جاز شرطه فى البيع للتوثقة جاز مزجه به؛ لأنه آكد لها من حيث إنه قد لا يفى بالشرط.

وقوله: ولغا أداء دين[1]، لا عقد رهن، ظن وجوبهما.

أى: لو ظن أن عليه دينًا فأداه لغا الأداء، ولم يملكه القابض، وكان له استرجاعه منه، ولو باع منه عينًا بشرط أن يرهنه بدين آخر له فى ذمته لم يصح البيع، ولا يلزمه الوفاء بالشرط، فلو ظن صحته ولزوم الشرط فرهنه به، فالأصح أنه يصح الرهن.

وقطع فى الحاوى بأن هذا الرهن يلغو، وهو وجه نقله الرافعى عن القاضى، ونقل عن

---

(١) ثبت فى حاشية أ: ولغا الأداء: أى من عليه دينا لغيره فأداه لظنه ذلك لغا الأداء حتى إذا تبين الحال كان له الاسترداد، إذ لا عبرة بالظن الكاذب، وكذا يلغو الرهن لظن صحة شرطه فى بيع، فلو باع بشرط أن يرهن المشترى بدين غير الثمن بطل البيع لما علم فى «باب البيع».

وأما الرهن فإن أنابه مع العلم بفاسد شرطه صح، وإن أتى به على ظن صحة شرطه لغا كالأداء على ظن الآتى.

فقوله: «ولغا الأداء والرهن» مع قوله: «لظن الدين وصحة شرطه فى بيع» فيه لف ونشر أى لغا الأداء لظن الدين، ولغا الرهن لظن وأداء الدين.

والفرق: أن الأداء يستدعى سبق ثبوت الدين وصحة الشرط لاتستدعى سبق الشرط، والذى يقتضيه إيراد الرافعى هنا ترجيح الصحة فإنه نقل عدم الصحة عن القاضى وحكى الصحة عن الشيخ وغيره ثم شبه الخلاف فيه بالخلاف فيما إذا باع مال أبيه على ظن أنه حى وكان ميتا، وقال: كانا على رأى كجعل ظنه مانع من الصحة؛ لأنه ربما لم يبع له عرف حقيقة الحال، ولا شك أن المذهب عدم اعتبار الظن فى تلك الصورة، لكنه لما ذكر نظير ما نحن فيه فى كتاب البيع، وهو ما لو باع بشرط بيع آخر قال هناك: وإذا أتى بالبيع الثانى نظر: إن كان يعلمان بطلان الأول صح. وإلا فلا لإتيانهما به على حكم الشرط الفاسد، هكذا نقل صاحب التهذيب وغيره، ثم قال: والقياس صحته، وهذا يشعر بأن المذهب من حيث النقل هو الأول.

الشيخ أبى محمد وغيره أنه يصح.

وقال النووى: قلت: قول الشيخ أبى محمد أصح، واختاره الإمام والغزالى فى الوسيط، وزيف الإمام قول القاضى. والله أجل وأعلم.

وقوله: ويختص الرهن بالملفوظ به، وحمل لاحادث، وبزيادة لا منفصلة، ونحو صوف وغصن خلاف كثمر.

أى: لا يدخل فى الرهن إلا ما يلفظ به، فلا يدخل الصوف واللبن فى رهن الحيوان، ولا الثوب فى رهن العبد، ولا المفتاح والرحا فى رهن الدار، ولا البناء ولا الغراس فى رهن الأرض على المذهب، بخلافهما فى البيع؛ لضعف الرهن وقوة البيع، إلا أنه يدخل حمل الأمة فى رهنها، وإن لم يتناوله اللفظ؛ لأنه يجرى مجرى الصفة، فإذا وضعته كان الولد مرهونًا، ولو حملت فى يد المرتهن فالحمل غير مرهون، فلو حل الدين وأراد أن يبيعها حاملًا لم يصح على الأصح، ولا يصح استثناء الحمل فى البيع، ويدخل أغصان الشجرة وأوراقها فى رهن الشجرة إلا أغصان الخلاف وورق الفرصاد، وهو الآس؛ لأنها ملحقة بالثمار، ولو رهنه الشجر لم يدخل الثمر.

وقوله فى الحاوى: ويدخل فى رهن الأم، [الحمل][(١)] لا غصن الخلاف فى رهنه، ولا غير معنى اللفظ: فيه أمران:

أحدهما: أنه أطلق الحمل، والأصح أن الحمل الحادث لا يدخل.

الثانى: أنه سكت عن الصوف على ظهر الشاة، والأصح أن ما [لا][(٢)]يعتاد جزه منه لا يدخل فى الرهن

وقوله: وينفسخ قبل قبض بتصرف يمنع عقده.

أى: إذا أنشأ الراهن تصرفًا فى المرهون قبل القبض نظرت: فإن كان لا يمتنع معه عقد الرهن كتزويج الجارية وإعارتها وإجارتها، ووطئها من غير الإحبال - لم ينفسخ الرهن، وإن كان تصرفًا يمتنع معه إنشاء عقد الرهن، كالبيع والإعتاق والوقف والكتابة والاستيلاد والتدبير، والهبة مع القبض - انفسخ.

وقوله: لا موت عاقد، وهرب مرهون، وجنايته، وتخمر عصير، وقبض خلًّا.

أى: إذا مات العاقد لم ينفسخ الرهن؛ لأنه وإن كان قبل القبض جائزًا من الجانبين فإن

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) سقط فى أ: يعتاد.

مصيره إلى اللزوم، فأشبه البيع فى زمن الخيار، وكما لا يبطل بموت العاقد فيه، لا ينفسخ الرهن قبل القبض بموت العاقد، وكذلك لا يبطل بجنون العاقد وسفهه بطريق الأولى، والعاقد يشمل الراهن والمرتهن، فإن جن العاقد عمل القيم ما فيه المصلحة من الإمضاء والفسخ، وإن أبق العبد المرهون قبل القبض انفسخ[١] العقد، وكذا إذا جنى جناية وتعلق الأرش برقبته، وكذا إذا تخمر العصير قبل القبض؛ لأن الأئمة جعلوه كجنون العاقد، وإذا تخمر العصير لم يقبضه خمرًا؛ لأنه لا يصح قبضه، فإذا صار خلًّا فله قبضه، وهذا قضاء بأن الرهن لا يبطل بالتخمر، وإنما ارتفع الحكم عليه حال التخمر، وتخمر المبيع قبل القبض، كتخمر المرهون فى امتناع القبض وصحته بمصيره خلًّا.

وقوله: وإنما يلزم رهن وهبة بقبض أهل بإذن كتعين دين، وحصل لذى يد بقدر سير إليه، كمشتر، ويوكل فيه، لا من له إقباض، ورقيقه إلا مكاتبًا.

أى: اعلم أن القبض ركن فى لزوم الرهن والهبة فلا يلزم واحد منهما إلا به، ويشترط كون القبض بإذن من المالك، وكون القابض أهلًا [للقبض][٢] كتعين دين، فإذا كان لك على رجل ألف مثلًا، ووجدت من ماله ألفًا، لم يكن لك أن تقبضه عن دينك إلا بإذنه، ولو أذنت له أن يعطيه صبيًّا ونحوه، فأعطاه إياه عن جهتك، لم يصح القبض ولم يتعين لك، فلو تلف، تلف عن ملكه كالمرهون والموهوب، والقبض قد تقدم وصفه فى البيع، فإذا كان المرهون والموهوب[٣] فى يد المرتهن أو المتهب، فلابد من الإذن فى القبض، ومضى زمن يمكن فيه السير إلى مكانهما، ويسمى هذا القبض التقديرى، والأول هو القبض الحقيقى، وكذا الحكم فى قبض المبيع الذى فى يد المشترى سواء كان فى يده وديعة أو عارية، أو غصبًا، وللمرتهن وللمتهب أن يوكل من يقبض له، لكن لا يجوز أن يوكل من له أن يقبضه إياه، وهو المالك أو وكيله فيه؛ لئلا يتولى طرفى العقد واحد، ولا يوكل رقيق مالكه؛ لأن يده كيده، إلا إذا كان مكاتبًا، فإنه يجوز توكيله؛ لأنه مستقل بالتصرف[٤] دون سيده.

وقوله فى الحاوى: ويلزم الرهن بقبض مكلف كتعيين الدين، ويوكل فيه لا الراهن ورقيقه سوى المكاتب، وإمكان سير من فى يده إليه كالهبة والبيع بإذن جديد كالهبة، فيه أمران:

---

(١) فى ط: لم ينفسخ.
(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٣) فى ط: أو الموهوب.
(٤) فى ط: يتصرف.

أحدهما: أن قوله: لا الراهن، يرد عليه ما إذا كان الراهن وكيلًا فى الرهن دون الإقباض، فإنه يجوز أن يكون وكيلًا للمرتهن فى القبض؛ لأنه غير متول[١] للطرفين فى هذه الصورة.

الثانى: قوله: ويلزم الرهن بقبض مكلف وإمكان سير من فى يده إليه كالهبة والبيع، مقتضاه أن البيع لا يلزم إلا بالقبض، وقد احترز مما يوقعه فى احتياج البيع إلى الإذن فى القبض، بقوله: بإذن جديد كالهبة، ولم يحترز عما يوقعه فى احتياج اللزوم فى البيع إلى القبض، فإن المبيع قبل القبض لازم ليس لأحد منهما فسخه وإن كان غير مستقر.

وقوله: وتوضع شابة [حسناء][٢] عند عدل له أهل.

أى: إذا ارتهن أجنبى أمة شابة جاز مطلقًا، وقيل: لا يجوز رهن حسناء من أجنبى، والمذهب جوازه، فإن كان المرتهن محرمًا أو امرأة، أو عدلًا وله زوجة أو أمة، أو معه نسوة، يؤمن غشيانها معهن - جاز وضعها عنده، وإلا فلا يجوز وضعها عنده بل عند واحد ممن ذكرناه، فإن شرط وضعها عند غير من ذكرناه فسد الشرط، وبفساده يفسد الرهن على الأصح.

وقوله: وإن أودع من يده ضامنة، برئ، إلا إن رهن منه، وقورض وزوج وأجر ووكل فيه، أو أبرئ وهو فى يده.

أى: إذا قال المالك للغاصب: أودعتك العين المغصوبة فقبل، برئ من الضمان وصارت أمانة، وكذلك من تعدى فى الوديعة ثم أحدث له إيداعًا، وكذلك المستعير يودع، ولو رهن العين المغصوبة من الغاصب صح الرهن، ولم يسقط الضمان، والفرق: أن الرهن لا ينافى الضمان بل قد يجتمعان، بأن يتعدى فى الرهن، فإنه يبقى مرهونًا مضمونًا، والوديعة والضمان لا يجتمعان، بل متى تعدى المودع بطل حكم الوديعة وبقى مضمونًا، وكذا الحكم إذا قارضه على المضمون والمغصوب أو زوجه أو أجره منه أو وكله فى بيعه، فكل ذلك لا يبرأ به، وكذلك لو أبرأه من الضمان والمغصوب فى يده؛ لأنه أبرئ عما لا يجب.

وقوله: وامتنع بلزومه، بيع وهبة ورهن كتابة ووطء، وسفر به كزوج بأمة[٣] وانتفاع يضر، وقطع يضر غالبًا، وكذا إجارة تجاوز المحل وتزويج لأمته[٤].

---

(١) فى ط: غير مقبول.
(٢) ما بين المعقوفين زيادة من متن «الإرشاد».
(٣) فى ط: فى أمة، وما أثبتناه من متن «الإرشاد».
(٤) فى ط: لأمته.

أى: إذا لزم الرهن بالقبض فلا يستقل الراهن بالتصرف فيه، والتصرف إما مزيل للملك، بالنقل إلى الغير، كالبيع والهبة والوقف، فلا يصح منه، وإما مزيل لا ينقل الملك إلى الغير، وهو العتق وسيأتى، وإما غير مزيل لكنه يزاحم(١) المرتهن فى المقصود من الرهن، وهو الرهن والكتابة، أو ينقص المرهون ويقلل الرغبة فيه، كتزويج الجارية، والإجارة التى يحل الدين قبل انقضاء مدتها، وهذا إذا زوج أو أجر من غير المرتهن، وأما منه فيجوز، وكل ذلك يمتنع فى الرهن، وكذلك الوطء يمتنع سواء كانت بكرًا تفتض أو ثيبًا تحبل أو آيسة أو صغيرة حسمًا للباب، كإيجاب العدة، وكذا السفر بالمرهون؛ لما فيه من الخطر والحيلولة المفوتة، كما يمنع زوج الأمة من السفر بها، وجاز للسيد السفر بالمزوجة بحق الملك ولئلا يكون ذلك ذريعة إلى امتناعه من تزويجها، ويمتنع من كل انتفاع يضر كالبناء والغراس فى الأرض، وكذا الزرع الذى يحل الدين قبل حصاده على الأظهر أو تنقص قيمة الأرض به، ولو غرس أو بنى لم يقلع قبل الحلول وبعده يقلع إن نقص الأرض، ولم تف قيمتها بالدين، وكذلك يمنع من [قطع](٢) سلعة ونحوها إذا كانت تتلف غالبًاسواءكان الترك متلفًا أم لا؟ ولا يجوز أن يؤجر المرهون مدة يحل الدين قبلها(٣)، ولا تزويج الأمة المرهونة؛ لأنه ينقص قيمتها إلا إذا كانت الإجارة والتزويج من المرتهن، فإنه يجوز.

وقوله فى الحاوى: ويمنع(٤) البيع والتزويج وإجارة تنقضى بعد المحل، وقطع فيه خطر(٥): فيه أمور:

أحدها: أن التزويج لا يمنع مطلقًا، بل يصح تزويجها من المرتهن.

الثانى: المنع من الإجارة، إنما هو أيضًا من غير المرتهن، وأما منه فيصح.

الثالث: قوله: وقطع فيه [خطر، يقتضى المنع من القطع مع وجود الخطر فيه مطلقا سواء كان الغالب فيه السلامة أم لا، كما قاله ابن النحوى، والصحيح ما ذكرناه فى الإرشاد، ولا يمنع مطلقا كما هو](٦) مقتضى كلام العزيز والروضة.

---

(١) فى ط: يرحم.
(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٣) فى أ: فيها.
(٤) فى أ: فيمتنع.
(٥) فى ط: حظر.
(٦) بدل ما بين المعقوفين فى ط: حظر هذا إذا كان الغالب منه التلف، وأما إذا كان الغالب السلامة فالأصح أنه يجوز مطلقًا، وهو.

وقوله: ولا فصد وحجم وختان لا يضر.

أى: لا يمنع الراهن من فصد المرهون، وحجامته ومداواته، ولا من ختان العبد والأمة؛ لأن ذلك من مصالح الرهن، وقالوا فى الختان: هذا إذا كان فى اعتدال الهواء ويندمل قبل الحلول، فإذا كان لا يندمل وكان ينقص القيمة لم يجز، وهذا محمول على ما إذا كان العبد صغيرا، فأما إذا كان بالغًا فكذلك فى إطلاق كثيرين، وصرح المتولى والشيخ [نصر][(١)] بأنه لا فرق، وقال صاحب المهذب ومن تابعه: يمنع من ختان الكبير دون الصغير، لخوف التلف، وهذا ظاهر نصه فى الأم والمختصر، ويؤيده أنهم عدوا عدم الختان فى الكبير عيبًا، دون الصغير.

وقوله: ونفذ عتق موسر وإيلاده بقيمة يوم فعله، لا معسر إلا إن علق بمصادف فكه أو به أو عادت المستولدة.

أى: إذا أعتق الموسر الرقيق المرهون، نفذ عتقه، لقوته وعدم إبطال حق الوثيقة لقدرته على الغرم، وتصير القيمة رهنًا بمجرد الغرم، ولا يتوقف نفوذ عتق الموسر هنا على الغرم، ولا يجرى فيه الخلاف فيما تنفذ به السراية إلى نصيب الشريك؛ لأن هذا يصادف ملكه، وهنالك الملك لغيره وكذا ينفذ إيلاده ولا حق للمرتهن فى الولد، بل يغرم قيمة الأم، ويصير رهنا كما فى العين إذا أتلفها، وإنما يلزمه قيمتها يوم الوطء، وفى العتق يوم الإعتاق؛ لأن ذلك يوم الإتلاف، ولا ينفذ العتق و[لا][(٢)]الإيلاد من المعسر، إلا أنه إذا علق المعسر عتق المرهون بصفة ثم وجدت الصفة بعد انفكاك الرهن، فإن العتق يقع؛ إذ لا ضرر على المرتهن فى ذلك، وكذلك إذا علقه بنفس الفك؛ لعدم[(٣)] ضرر المرتهن.

وإذا أحبلها المعسر فلا تباع حاملًا قطعًا؛ لأنها حامل بحر، ولا بعد الولادة حتى تسقى ولدها اللبأ وتوجد مرضعة فحينئذ تباع، ولا يبالى بالتفريق للضرورة لتعذر بيع الولد الحر، وإن لم يستغرقها الدين بيع بعضها واستقر الإيلاد فى الباقى، وإن لم يوجد من يشتريه بيع الكل للضرورة، فإن عادت إلى ملكه عاد الاستيلاد، وإليه الإشارة بقوله: أو عادت المستولدة.

وقوله فى الحاوى: وإعتاق الموسر وإيلاده بقيمة يومه[(٤)]: فيه أمران:

أحدهما: أنه سوى بين الفصد والإعتاق فى عدم الامتناع، والفصد جائز والإعتاق غير

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: بالعدم.
(٤) فى أ: ولا إعتاق بقيمة يومه.

جائز، ولكنه ينفذ لقوته، فكان ينبغى أن يقول: ونفذ الإعتاق.

الثانى: قوله: وإيلاده بقيمة يومه، أى: بقيمة يوم الإعتاق والإيلاد، والأصح: أن الاعتبار بقيمة يوم الإحبال.

وقد اعترض [ابن][١] البارزى[٢] على المصنف فقال: ونفذ كل واحد منهما بقيمة يوم الإعتاق ويوم الإيلاد على أحد الوجهين، وهو مقتضى لفظ المصنف، والثانى: أن الاعتبار بقيمة يوم الإحبال، وهو الأصح، وتبعه صاحب البهجة، وقال: قلت: اختيار غيره لأن الأمة هنا بيوم حبلت مقومة، ولم أر هذا الخلاف لغيرهما، وأما صاحب التعليقة، ففسر يوم الإيلاد بيوم الإحبال، وليس بممتنع فلا اعتراض على المصنف [إذن فى هذه][٣].

وقوله: وضمن معسر إن ماتت به، كواطئ أمة غير بشبهة، لا حل وزنى.

أى: وضمن المعسر قيمة الأمة المرهونة التى قلنا: لا ينفذ إحباله فيها إذا ماتت بالولادة؛ لأنه متلف فيطالب بقيمتها إذا أيسر، ويكون رهنًا، وكذلك من وطئ أمة الغير بشبهة ثم ماتت بإيلاده؛ لأنه تسبب[٤] إلى هلاكها، فإن كان الوطء حلالًا لم يضمن؛ لأنه تلف بمأذون فيه، وكذلك إذا كان زنى سواء كان بإكراه أم لا؛ لأن الإحبال سبب ضعيف[٥]، وإنما ضمن الواطئ بالشبهة بالاستيلاء عليها حالة الوطء، وامتداد مدة الحمل المنسوب إليه، والحمل غير منسوب إلى الزانى فلم يبق الاستيلاء.

وقوله: ونفذ كل بإذن مرتهن، لا بشرط تعجيل حقه أو رهن الثمن.

أى: ونفذ من الراهن كل ما منع منه لحق المرتهن، إذا أذن له المرتهن فيه؛ لأن المنع لأجله، نعم إذا أذن له المرتهن فى البيع أو غيره وشرط عليه أن يعجل دينه المؤجل، بطل الإذن لبطلان الشرط؛ إذ المؤجل لا يتعجل.

فإن قيل: هلا صح البيع بالإذن وفسد الشرط، كما إذا وكله ببيع عبد على أن له عشرة من ثمنه، فإنه يفسد الشرط ويصح البيع للإذن ويستحق أجرة المثل.

---

(١) سقط فى ط.

(٢) عبد الرحيم بن إبراهيم بن هبة الله بن المسلم، أبو محمد الجهنى، ابن البارزى، قاضى حماة، ولد فى المحرم سنة ثمان وستمائة، قال الذهبى: كان إمامًا فاضلا، فقيهًا، أصوليًا، أديبًا، شاعرًا، له خبرة بالعقليات، وكان مشكورًا فى أحكامه، وافر الديانة، يحب الفقراء والصالحين، ودرس وأفتى، وصنف، توفى فى عاشر ذى القعدة سنة ثلاث وثمانين وستمائة.
تنظر ترجمته فى: طبقات ابن قاضى شهبة (٢/ ١٧٩)، طبقات السبكى (٨/ ١٨٩).

(٣) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٤) فى ط: سبب.

(٥) فى ط: لأن الإحبال ضعيف.

قلنا: الفرق أن الفاسد هناك شرط الجعل[١] للمأذون له، وقد رجع إلى أجرة المثل والموكل لم يشرط لنفسه شيئًا، وأما هنا فالمرتهن قد شرط لنفسه شيئًا فى مقابلة إذنه، وهو تعجيل الحق، فإذا فسد فسد ما يقابله، وهو الإذن، ولا عوض عنه، وكذا إذا أذن بشرط جعل القيمة رهنًا؛ لأن القيمة غير موجودة، فكأنه شرط أن يرهنه شيئًا سيوجد، فلم يصح.

وقوله: ورجع قبله وقبل قبض هبة ورهن.

أى: وإذا أذن المرتهن للراهن بالتصرف ببيع أو رهن أو نحوه، فإنه يجوز له الرجوع فى الإذن قبل العقد وفى الرهن والهبة قبل القبض؛ لأنهما لا يلزمان إلا به.

وقوله: وحلف من جحد رجوعًا، وقبضًا أو بيعًا قبله، ورهنًا، وقبضًا وهو فى يده، وإذنًا فيه، أو عن جهته، وقدر مرهون، ومرهون به، كهبة، ومرتهن كذب بإيلاد معسر وبحق سابق لغير، أقر به الراهن، فيغرم، لا إن ردها المرتهن فنكل المقر له، ولمقر تحليف.

أى: فإذا أذن الراهن للمرتهن فى القبض فقبض، أو المرتهن للراهن فى البيع فباع، ثم ادعى كل منهما الرجوع قبله، فجحد الآخر رجوعه من أصله - صدق من جحد الرجوع وهو المرتهن فى الأولى والراهن فى الثانية.

فلو حصل الاتفاق على الرجوع أيضًا، لكن المرتهن قال: قبضت قبل أن ترجع، وقال الراهن: بعت قبل أن ترجع - حلف من جحد كونهما قبل الرجوع وهو الراهن فى الأولى، والمرتهن فى الثانية؛ لأن الأصل عدم القبض والبيع، وكذلك يحلف من جحد أصل الرهن؛ لأن الأصل عدمه، ومن جحد القبض بعد الرهن والإذن وهو الراهن، وهذا إذا كان الرهن باقيًا فى يده، وكذا إذا كان فى يد المرتهن ولم يتفقا على الإذن فى القبض، بأن قال الراهن: غصبته، أو اتفقا على الإذن فى القبض واختلفا فى جهته، فقال: أذنت فى قبضه وديعة، أو عارية ونحوها، فيحلف الجاحد للإذن فى القبض عن جهة الرهن، أما إذا اتفقا على الإذن عن جهة الرهن، وادعى الراهن الرجوع قبله، فقد بينا أن القول قول القابض؛ لأن الأصل عدم الرجوع.

وكذا يحلف من جحد قدر المرهون أو قدر المرهون به، فإذا قال: رهنتنى العبد كله فقال: بل نصفه، أو قال: رهنته[٢] بدينى كله، فقال: بل بنصفه[٣] حلف من جحد القدر

(١) فى ط: الحبل.
(٢) فى ط: ارتهنته.
(٣) فى ط: بل نصفه.

الزائد؛ لأن الأصل عدمه.

وجميع ما يصدق فيه الراهن مما تقدم يصدق فيه الواهب.

وكذا لو وطئ أمته ثم رهنها فأتت بولد يمكن أن يكون من السيد فادعى إيلادها، أو قال: كنت قد أعتقتها قبل الرهن: فإن كان موسرًا، فالأصح أنه يؤخذ منه القيمة ويكون رهنًا مكانها، وإن كان معسرًا، فالقول قول المرتهن فيحلف على نفى العلم ويستقر[1] الرهن.

وإن أقر الراهن بأنه كان قد غصب المرهون أو باعه لمن[2] ادعاه وجحد المرتهن، فالقول قوله فيحلف: ما علمت ذلك، ويستقر[3] الرهن، وللمقر له مطالبة الراهن بقيمته؛ لأنه حال بينه وبين ماله بالرهن؛ فإن رد المرتهن اليمين فالأظهر أنها ترد على المدعى لا على الراهن، فإن حلف استحق الغرم، وإن نكل لم يستحق [شيئا][4] وانقطعت الخصومة، وإن أقر الراهن على المرهون بجناية سابقة توجب المال لمن ادعى ذلك، وأنكر المرتهن[5]، حلف على نفى العلم واستمر الرهن، وإذا حلف فعلى الراهن الغرم؛ لأنه حال بينه وبين ماله فى الرهن، وهو الأقل من الأرش والقيمة، فإذا نكل فالأظهر أنها ترد على المجنى عليه لا على الراهن فإن حلف استحق، وإن نكل فلا شىء له، وانتهت الخصومة.

ومن أقر بمال أو رهن أو إقباض، ثم قال: أشهدت على رسم القبالة[6]، أو طالعت جريدتى أو ظننت وكيلى ونحو ذلك من الأعذار، فله تحليفه أنه أقر بذلك وهو يستحقه، وكذا إذا لم يذكر تأويلًا، على الأصح عند العراقيين، لا المراوزة، وقال النووى: طريقة العراقيين أصح وأفقه.

وقوله فى الحاوى: وحلف من جحد الرجوع والبيع قبله، والرهن وقبضه ولو بإقراره عن جهته ورجوعه عن إذن القبض قبله، فيه أمور:

أحدها: قوله: وقبضه، هذا إذا لم يتفقا على الإذن[7] فى القبض، فإن اتفقا فالقول قول من هو فى يده، كما اعترض به على صاحب الحاوى القونوى، وابن النحوى، ذكره فى

---

(١) فى ط: ويستمر.
(٢) فى ط: بأن.
(٣) فى ط: ويستمر.
(٤) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٥) فى أ: الراهن.
(٦) القبالة: وثيقة يلتزم بها الإنسان أداء عمل أو دين أو غير ذلك ويقال: نحن فى قَبالة فلان: فى عهدته وعرافته، وهى دون الرياسة وتطلق على الكفالة.
(٧) فى ط: المرهون.

العزيز والروضة.

االثانى: قوله: ولو بإقراره، مقتضاه أن من جحد الرهن والقبض كان القول قوله، وإن كان قد أقر بذلك، وليس كذلك، بل الذى فى العزيز والروضة وغيرهما: أنه إذا أقر بذلك، أخذناه بإقراره، نعم له تحليف المقر له، كما بيناه أولًا.

الثالث: قوله: عن جهته هذا الاختلاف، إنما هو فى الإذن، الذى قبض به كما فى العزيز والروضة، فأما إذا اتفقا على الإذن فى القبض عن الرهن[١]، ثم قال: لم تقبضه عن الرهن كما أذنت لك بل قبضته لغرض آخر، فإن القول قول المرتهن؛ لأنه أعرف بنيته.

وقوله: وللمرتهن اليد وهى أمانة.

أى: إذا لزم الرهن استحق المرتهن اليد؛ لأن التوثيق إنما يحصل بذلك ويده يد أمانة، لا يسقط بتلف الرهن شىء من الدين، ولا يضمنه إلا بتعدٍ، فإن برئ من الدين فهى أمانته، ما لم يتعد، أو يمنع الراهن منه[٢].

وقوله: فإن جعله مبيعًا أو عارية، بعد شهر، ضمن بعده، وفاسد كل عقد كصحيحه، أمانة وضمانًا غالبًا.

أى: اعلم أنا قد بينا أن الرهن أمانة فى يد المرتهن، فإذا ارتهنه على أن يكون بعد مضى

---

(١) فى أ: على الراهن.

(٢) اليد على المرهون بعد لزوم العقد للمرتهن؛ لأن الرهن الركن الأعظم للتوثيق، وليس للراهن استرداده إلا برضا المرتهن أو بأداء الدين وإن اتفقا على أن يجعلاه فى يد ثالث جاز، وكان وكيلا للمرتهن فى قبضه؛ لأن كلا منهما قد لا يثق بصاحبه، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء. وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن يد المرتهن على العين المرهونة يد أمانة، فلا يضمن إن تلفت بغير تعد منه لحديث: «لا يغلق الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه». لأننا لو ضمناه لامتنع الناس من فعله خوفا من الضمان، ولتعطلت المداينات وفيه ضرر عظيم، ولأنه وثيقة بالدين فلا يضمن كالزيادة على الدين، إلا بالتعدى أو التفريط. وقال الحنفية: إنها يد ضمان، فيضمن المرتهن إن هلك بيده بالأقل من قيمته ومن الدين، فإن تساويا كان المرتهن مستوفيا حقه، وإن زادت قيمة المرهون كانت الزيادة أمانة بيده، وإن نقصت عنها سقط بقدره من الدين، ورجع المرتهن بالفضل على الراهن. واستدلوا بما ورد عن عطاء ابن أبى رباح أنه حدث «أن رجلا رهن فرسا، فنفق فى يده، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للمرتهن: ذهب حقك». وقالوا أيضا: أجمع الصحابة رضى الله عنهم على أن الرهن مضمون، وإن اختلفوا فى كيفيته. ولا فرق عندهم بين أن يكون المرهون مالا ظاهرا كالحيوان والعقار، وبين أن يكون مالا باطنا يمكن إخفاؤه كالحلى والعروض، وبين أن يقيم شهادة بهلاكها بلا تفريط، وبين ألا يقيم على ذلك شهادة. أما إن هلك المرهون بتعد منه فإنه يضمن ضمان الغصب. وفرق المالكية بين ما يمكن إخفاؤه كالحلى والعروض، وبين ما لا يمكن إخفاؤه كالحيوان والعقار، فيضمن الأول إن لم يكن المرهون عند أمين، أو لم يقم بينة على هلاكه بلا تفريط منه، ولا يضمن الثانى إلا بتفريط منه.

الشهر مبيعًا أو عارية، فإنه يكون قبل مضى الشهر أمانة؛ لأنه رهن فاسد وبعد الشهر مضمونًا؛ لأنه يصير فى بيع فاسد أو عارية صحيحة، وللفاسد من العقود ما للصحيح فيها من ضمان وأمانة، واستثنى من ذلك الشركة، فإن عمل الشريك فى صحيحها لا يضمن، وفى فاسدها يضمن بأجرة المثل، وكذلك العين فى الهبة الفاسدة؛ فإنها إذا صحت من ضمان المتهب وإن فسدت لم يضمن، وكذلك الجزية إن عقدها الإمام صحت وضمنت، وإن عقدها غيره فسدت[١] ولم يضمن، وكذلك إذا قارضه على أن الربح كله للمالك فإنها فاسدة، وعمل العامل ضائع على الأصح بخلاف الصحيحة، وإلى هذه المسائل أشار بقوله: غالبًا.

وقوله: ونزع وقت انتفاع تعذر معها.

أى: واليد للمرتهن لكن الانتفاع للراهن، فإن كان يمكن مع بقاء اليد بأن أراد اكتساب العبد مثلا، لم ينزع، وإن أراد استخدامه أزيلت يده مدة الاستخدام، ولايمكن من الجارية إلا إذا كان محرمًا، أو أمينًا له أهل.

وقوله: وأشهد متهم.

أى: إذا أخذه الراهن للانتفاع، فإن كان غير متهم بأن كان موثوقًا به عند الناس مشهور العدالة، لم يكلف الإشهاد فى كل انتزاع على الأصح، والمتهم يكلف الإشهاد بأنه مرهون يأخذه للانتفاع به ويرده.

وقوله فى الحاوى: لا ظاهر العدالة، أراد مشهور العدالة، ولم يرد من ظاهره العدالة، والفرق بينهما ظاهر.

وقوله: وله طلب بيعه، أو دينه إن حل، وقدم بثمنه ويجبر، فإن أصر باع قاض.

أى: وللمرتهن طلب بيع الرهن، عند الحلول أو قضاء دينه، ويقدم بثمن المرهون[٢] على سائر الغرماء، وإن امتنع الراهن من البيع وقضاء الدين، أجبره الحاكم على أحدهما، فإن أصر على الامتناع باع الحاكم ولا يبيعه الراهن إلا بإذن المرتهن، فإن امتنع المرتهن بالإذن قال له الحاكم: إما أن تأذن أو تبرئه من حقك، وتجبره على ذلك.

وقوله: ولاتصرف لمرتهن، ووطؤه ولو بإذن زنى، وبظن حل شبهة، توجب مهرًا وقيمة ولد.

أى: ليس للمرتهن إلا حق الوثيقة فقط، فلا تصرف له فى الرهن، ثم إن وطئ المرهونة

---

(١) فى ط: فاسدة.

(٢) فى أ: الرهن.

فوطؤه زنى ولو أذن له الراهن فيه، وعلم التحريم، ويلزمه به الحد لا المهر، هذا إذا كانت عالمة مطاوعة، فإن أكرهها لزمه الحد والمهر.

وإن ادعى ظن الحل بالرهن نظرت: فإن ادعاه بغير إذن فى الوطء لم يسقط عنه الحد إلا إذا كان قريب عهد بالإسلام، أو نشأ فى بادية بعيدة عن المسلمين.

وإن ادعى الجهل بالتحريم مع إذن الراهن فى الوطء صدق بيمينه؛ لأن ذلك قد خفى على عطاء فكيف العوام، فيكون شبهة تسقط الحد وتوجب المهر ويلحق به النسب وتوجب قيمة الولد.

وقوله: فإن فسق من ائتمناه أو ازداد فلكل طلب عزله.

أى: إذا ائتمنا ثالثًا باتفاقهما جاز سواء كان عدلًا أم لا، ولم يكن لأحدها أن يطلب عزله، إلا إذا تغير حاله بفسق إن كان عدلًا، أو بزيادة فى الفسق إن كان فاسقًا، ويلحق بذلك ما إذا أحدث بينه وبين أحدهما عداوة.

وقوله: فإن رد لأحدهما ضمن.

أى: فإن رد المؤتمن المرهون إلى أحدهما ضمن، ويسترد منه إن كان باقيًا، وإن كان قد تلف وقد سلمه إلى الراهن، فللمرتهن أن يطالب العدل والراهن بقيمته كلها، ليكون رهنًا، والقرار على الراهن.

وقوله: وهو وكيل للراهن، ويبيع بإذنهما الأول.

أى: إذا أذن المرتهن والراهن للعدل أن يبيع الرهن عند المحل، وشرطا ذلك جاز للعدل أن يبيع الرهن عند المحل على الأصح، ويكفيه الإذن الأول.

وقال العراقيون: لابد من تجديد الإذن من المرتهن؛ لأنه ربما كان غرضه الإبراء أو المهلة، ولا يلزم بيع المرهون.

وقال الإمام: لا يشترط إذن المرتهن، ثم العدل وكيل للراهن، إذا عزله انعزل، ولا ينعزل بعزل المرتهن، لكن إذا منعه من البيع افتقر إلى إذنه، ولم يشترط تجديد إذن من الراهن، ثم الثمن فى يد العدل، من ضمان الراهن، إلى أن يتسلمه[١] المرتهن؛ لأنه ملك الراهن فى يد أمينة، وإن خرج الثمن مستحقًا رجع به عليهما[٢] والقرار على الراهن، إلا إذا باع العدل بإذن الحاكم فإنه لا يكون طريقًا للضمان؛ لأنه نائب الحاكم.

---

(١) فى ط: يسلمه.

(٢) فى ط: رجع بيد له عليها.

وقوله: وعلى راهنه مؤنة.

أى: يجب على الراهن مؤن الرهن التى بها بقاؤه، كالنفقة والعلف، وكسوة العبد والسقى والجذاذ فى الثمار، وأجرة الاصطبل والبيت الذى للحفظ إن لم يتبرع به المرتهن أو العدل[١].

وقوله: ثم بدله إن تلف رهن، لا إن كذَّب به المرتهن فإن كذب به الراهن وقضى رد للمقر.

أى: وبدل المرهون إذا تلف يصير رهنًا، وهو فى ذمة المتلف، وإن كان الدين لا يجوز أن يكون رهنًا؛ لأنه يحتمل فى الدوام ما لا يحتمل فى الابتداء، وهو إذا صدق المرتهن الجانى فى إتلافه، فإن كذبه لم يحكم بكونه مرهونًا ولو صدقه الراهن، وإن كذبه الراهن فللمرتهن الاستيفاء من البدل إن صدقه، فإن وفاه الراهن من ماله فعليه أن يرد للمقر ما أخذه، ولو لم يوفه، ولكنه أخذه، من المقر وسلمه إلى المرتهن، لم يكن للمقر الرجوع عليه؛ لأنه معترف بأن لا حق له عنده.

وقوله: وينفك بفسخ مرتهن، وفراغ ذمة، وبيع وتلف وقتل بحق.

أى: الأشياء التى ينفك بها الرهن بعد لزومه هى نحو ما أشار إليه، فإذا فسخ المرتهن الرهن انفك؛ لأنه جائز من جهته، وإنما يلزم من جهة الراهن وينفك إذا فرغت ذمة الراهن من الدين، بقضاء أو حوالة أو إبراء، ونحوه، وينفك إذا بيع المرهون كما مر، وينفك إذا تلف بآفة سماوية، وينفك إذا جنى جناية توجب قتله فقتل فيكون كتالف بالآفة السماوية، وقد ينفك ثم يعود رهنًا بأن يعتاض عن دينه عينًا، ثم ينفسخ عند الاعتياض بتلفها قبل القبض ونحوه، فإنه يرجع رهنًا لرجوع الدين.

---

(١) ذهب جمهور الفقهاء إلى أن مؤنة المرهون على الراهن كعلف الحيوان، وسقى الأشجار، وجذاذ الثمار وتجفيفها، وأجرة مكان الحفظ، والحارس، ورعى الماشية وأجرة الراعى ونحو ذلك، لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا يغلق الرهن من راهنه الذى رهنه، عليه غرمه، وله غنمه». ولأنه ملكه، فوجب عليه ما يحتاج لبقاء الرهن. وقال الحنفية: إن ما يحتاج إليه لمصلحة الرهن بنفسه أو تبعيته كعلف الدابة، وأجرة الراعى، وسقى البستان فعلى الراهن، وما يحتاج لحفظ المرهون كمأوى الماشية، وأجرة الحفظ فعلى المرتهن؛ لأن حبس المرهون له.

وإذا امتنع من وجبت عليه مؤنة المرهون أجبره الحاكم عليه، فإن أصر فعله الحاكم من ماله بقدر الحاجة، وإن قام المرتهن بالمؤنة بغير إذن الحاكم صار متطوعا فلا يرجع على الراهن بشىء، وإن قام بالمؤنة بإذن الحاكم، أو أشهد على الإنفاق عند فقد الحاكم وامتناع من وجب عليه المؤنة أو كان غائبا عن البلد رجع بما أنفقه عليه. وقال المالكية: يرجع المرتهن على الراهن بما أنفقه وإن لم يأذن له الحاكم أو الراهن.

وقوله: وللسيد قصاص وعفو، لا أرش إلا لموجب، كأن قتل عَبْدهُ عَبْدَهُ، وقد رُهنا[١] بدينين لاثنين أو لواحد، واختلف أجل، أو زادت قيمة القاتل، وأفاد النقل أو لم تزد، ورهن بأقل.

أى: يثبت للسيد القصاص على عبده، إذا جنى عليه أو على من يرثه أو على عبده الآخر، ويبطل الرهن.

ويجوز له أن يعفو ولا يثبت له أرش على عبده.

وإن عفا على مال أو جنى جناية توجب المال، وقيل: يجب ويستفيد به، فكه من الرهن، وهو ضعيف، نعم يجب له الأرش، حيث عرض، ولا يجوز للسيد العفو عنه.

وكذلك إذا كان له عبدان مرهونان بدينين لرجلين[٢]، فإنه يجب أرش عبده القتيل فى رقبة القاتل، يتعلق به مرتهن القتيل، ويبطل به حق مرتهن القاتل، وكذلك إذا كان الدينان لرجل واحد، وأحدهما مؤجل سنة والآخر مؤجل شهرًا، أو حال، فإنه يجب الأرش للسيد ليتعلق به حق المرتهن؛ لأن له غرضًا فى الاستيفاء فى الحال، إن كان ما رهن به القتيل حالًا، وفى الاستيثاق للمؤجل فيطالبه بالحال إن كان ما رهن به القتيل مؤجلًا.

فإن استوت قيمة العبدين وصفة الدينين فى الحلول وقدرهما، فهو كما لو كان مرهونين معه بدين واحد يهدر القتيل وتبطل فيه الوثيقة؛ لأنه لا فائدة فى النقل.

وإن اختلفت قيمة العبدين، نظرت: فإن زادت قيمة القاتل بيع منه بقدر قيمة المقتول، وصارت القيمة رهنا بالحق الذى كان مرهونًا به المقتول، إن استوى الدينان، أو كان[٣] الدين الذى رهن به المقتول أكثر.

فإن كان أقل مما رهن به القاتل، نظرت: فإن كان فى النقل فائدة كما إذا كانت قيمة المقتول مائة، وهو مرهون بعشرة وقيمة القاتل مائتين وهو مرهون بعشرين، فإنه يباع منه بقدر قيمة المقتول، وهى مائة، وتصير مرهونة بعشرة وتبقى مائة مرهونة بالعشرين.

فإن لم تكن فائدة كما إذا كان القاتل فى هذه الصورة مرهونًا بمائتين، [فلا نقل؛ فإنه إذا نقل بيع منه مائة، وصارت مرهونة بعشرة وتبقى مائة مرهونة بمائتين][٤] وإن لم تزد قيمة القاتل، إما بأن استوت القيمتان، أو كانت قيمة القتيل أكثر، نظرت: فإن كان القتيل مرهونًا بأكثر الدينين بيع القاتل فى الجناية، وصارت قيمته مرهونة بما رهن به القتيل وفائدة الرهن بالأكثر، وإن كان القتيل مرهونًا بأقل الدينين وقيمته أكثر أو مساوية، فالجناية هدر، لعدم

---

(١) فى ط: وقدّر هنا، وما أثبتناه وهو الصواب من متن «الإرشاد».

(٢) فى ط: للرجل.

(٣) فى أ: وإن كان.

(٤) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

الفائدة فى النقل؛ لأنا إذا بعنا العبد، وقيمة المجنى عليه تستغرق قيمة القاتل، ويبقى مرهونًا بأقل الدينين، فلا فائدة فى ذلك، فالجناية تهدر فى ثلاث صور، هاتين الصورتين، والصورة المتقدمة فيما إذا استوى الدينان فى الصفات، واستوت قيمة العبدين، وتوجب الأرش فى الخمس الصور السابقة على هاتين الصورتين.

وحيث قلنا بالنقل فالأصح أنه يباع الجانى، أو يباع قدر الجناية ويصير الثمن رهنًا، فإن لم يجد من يشترى البعض أو نقص بالتشقيص، بيع الجميع وتعلق كل بما يخصه.

وقوله فى الحاوى: وللسيد القصاص أو العفو [والأرش ليرهن بدل القتيل المرهون حيث عرض، كأن اختلف المرتهنان والدينان حلولًا أو تأجيلًا أو قدرًا والقتيل مرهون بأكثرهما، فيه أمور:

أحدها: قوله: والأرش، بعد قوله: وللسيد القصاص والعفو][1] مقتضاه: أنه يخير فى الجمع، وليس كذلك، بل الأرش واجب لا يجوز له إسقاطه لتعلق الرهن به.

الثانى: أنه لم يذكر ما إذا استوى الدينان وقيمة العبدين مختلفة فالحكم فى ذلك أن لا أرش إلا إذا كان القاتل أكثر قيمة.

الثالث: أن قوله: أو قدرًا والقتيل مرهون[2] بأكثرهما، مقتضاه: أنه متى[3] اختلف قدر الدينين والقتيل مرهون بأقل الدينين، أنه يهدر الجناية مطلقًا، وليس كذلك، بل قد ذكر الأصحاب أنه إذا كانت قيمة [القاتل أكثر، أنه يباع منه بقدر قيمة الدين][4]، ويصير رهنًا مكان المقتول، فيصير بعض القاتل مرهونًا بما على القتيل، وبعضه مرهونًا بما على القاتل، وهذا إذا كان هناك فائدة كما مثلناه فيما إذا كانت قيمة المقتول مائة ورهن بعشرة وقيمة القاتل مائتين ورهن بعشرين نقل.

فإن لم تكن فائدة كما إذا كان القاتل فى هذه الصورة مرهونًا بمائتين، فقد بينا أنه لا ينقل؛ لأنه يصير مائة مرهونة بعشرة، ومائة مرهونة بمائة، فلا فائدة فى ذلك.

وقد أطلق فى الروضة أيضًا أنه إذا كانت قيمة القتيل أقل وهو مرهون[5] بأقل الدينين أنه لا ينقل؛ إذ لا فائدة، وفيه الفائدة فى حال دون حال كما ترى.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) فى ط: رهن.
(٣) فى أ: ما إذا.
(٤) بدل ما بين المعقوفين فى ط: المقتول.
(٥) فى ط: ومرهون.

وقوله: وإنما ينفك بعض بتعدد غريم، ومديون، ووارث تركة غير مرهونة، وبتعدد عقد ومعير بقصد.

أى: إذا لزم الرهن فقضى بعض الدين لم ينفك شىء من الرهن، بل لو بقى درهم كان الكل مرهونًا به، إلا إن تعدد الغريم كما إذا رهن عبده من غريميه فى صفقة، فقضى أحدهما دينه انفك نصيبه، وكذا إذا تعدد المديون، كما إذا رهناه عبديهما صفقة كل بما عليه فقضى أحدهما دينه انفك نصيبه أيضًا، سواء قصد فك رهنه أم لم يقصد شيئًا، وكذا إذا تعدد وارث التركة غير المرهونة وقلنا بالأصح: إن الدين [لا][1] يمنع الإرث، فإذا أدى بعض الورثة ما يخص نصيبه من الدين انفك نصيبه منها على الأصح، بخلاف ما إذا كان المورث قد رهنها فإنه ليس لبعضهم أن يفدى حصته على الأصح، أما إذا رهن الورثة قبل القسمة، فالملاك متعددون قبل الرهن فلكل فك نصيبه، وكذلك ينفك البعض إذا تعدد العقد، كما إذا رهن نصف عبده بعشرة ثم النصف الآخر بعشرة فى صفقة أخرى والمرتهن واحد، فإنه يقع على المرهون فى أحد الصفقتين إذا قصده، وأما إذا قصد الشيوع فلا وإن أطلق قصد ما شاء.

وكذلك إذا تعدد المعير بأن استعار من اثنين عبدا مشتركا ليرهنه بدين، فأدى نصيب أحدهما [نظرت][2]: فإن كان قصد أداءه من نصيب أحدهما، انفك، إلا إن قصد الشيوع، فإن لم يقصد قصد بعد ذلك ما شاء، فإن مات فالوارث، وإن فقد جعل بينهما.

وقوله فى الحاوى: وإنما ينفك البعض بتعدد الغريم[3]، ثم قال بعد ذلك: أو مالك العارية، وألحقه ما إذا تعدد الغريم والمديون والوارث، وليس ذلك على إطلاقه، بل ينفك البعض فى واحد منهما، إلا إذا قصد الأداء عن حصته، كما هو المعروف.

وقوله: ولو أذن للمرتهن لم يبع إلا بحضوره، فإن قال: بعه لى أو لك أو بعه واستوف الثمن لك أولى ثم لك، فسد ما للمرتهن.

أى: اعلم أن الراهن إذا أذن للمرتهن فى بيع الرهن، لم يكن له بيعه إلا بحضور الراهن على الأصح؛ لأنه متهم فى تعجيل البيع، فإذا قال الراهن للمرتهن: بعه لى واستوف الثمن لنفسك صح البيع، ولم يصح الاستيفاء، فإن استوفاه صار مضمونًا عليه.

وإن قال: بعه لك واستوف الثمن لنفسك صح[4] البيع [والاستيفاء][5]؛ لأنه لا يمكن

---

(١) سقط فى ط.
(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٣) فى ط: العقد.
(٤) فى ط: بطل.
(٥) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

بيع مال غيره لنفسه، وإن قال: بعه واستوف الثمن لنفسك فهو كما لو قال: بعه لى واستوف الثمن لنفسك.

وإن قال: بعه لى واستوف الثمن لى ثم لنفسك، صح البيع والاستيفاء للراهن، ولم يصح الاستيفاء للمرتهن؛ لاتحاد القابض والمقبض[١].

ثم هو قبل أن يستوفيه لنفسه أمانة فى يده، فإذا استوفاه لنفسه بكيل ثان أو وزن جديد، صار مضمونًا لا إن استدام القبض، وإن نوى به نفسه.

واعلم أن كل ما فعله المرتهن بإذن الراهن من هذه المسائل صحيح، وما فعله لنفسه بإذن الراهن فهو فاسد، وهو معنى قوله: فسد للمرتهن.

وقوله: وإن ادعى ارتهان عبدهما بمائة، فصدقه واحد، فنصيبه رهن بخمسين وتقبل شهادته على المكذب، فإن أنكر كل حصته، وشهد على الآخر قبلت.

أى: إذا كان له على رجلين مائة نصفين مثلًا، ولهما عبد، فادعى أنهما رهناه العبد بدينه عليهما، فإن أنكر فالقول قولهما، وإن صدقه أحدهما، فنصيبه رهن بخمسين، فإن شهد له على الآخر قبلت شهادته على الآخر؛ لأنه غير متهم، وكملت البينة بشاهد آخر، أو بيمينه، وإن أنكر كل منهما وقال: لم يرهن إلا صاحبى وشهد له عليه، قبلت شهادته، ولا يعد اعتقاده كذبهما قادحًا فى شهادتهما له؛ لاحتمال التأويل بالنسيان، أو بأن لهما عذرًا فى التسليم الآن فكذبا، والكذبة الواحدة لا تقدح فى الشهادة، وأما لو قال: كل ما رهنك منا أحد ثم شهدا له، لم تسمع شهادتهما.

وقوله: وإن ادعيا أنه رهنهما عبده، فصدق واحدًا، ثبت له النصف وشهد للمكذب حيث لا شركة.

أى: إذا ادعى رجلان على رجل أنك رهنتنا عبدك بمائة مثلًا، فصدق [واحدا][٢] فنصف العبد مرهون منه[٣] بخمسين، فللمصدق أن يشهد للمكذب، إذا لم يكن شريكًا له على الأصح، فإن كان المال مشاعًا بينهما لم تقبل للتهمة.

❊ ❊ ❊

(١) فى أ: فى المقبض.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى أ: معه.

التفليس[1]

وقوله: باب: المفلس من زاد دينه الحال على ماله، يحجر عليه بطلبه أو غريم أو لنحو طفل.

أى: إذا زاد دينه الحال على مال المديون صار مفلسًا؛ إذ المفلس عند الفقهاء من لا مال له يفى دينه، ولو لم يكن له مال أصلًا، أو كان ولكن لم يزد عليه الدين لم يحجر عليه؛ لعدم الحاجة.

ويلزم القاضى الحجر على المفلس إذا طلب منه المفلس أن يحجر عليه؛ لأن له غرضًا فى الحجر على نفسه، ليعلم حاله، ويقسم ماله فى غرمائه، وإذا ثبت الفلس، وسأل الحجر بعض الغرماء[2]، فإن كان دينه قدرًا يحجر له أجيب، وكذا دونه على الأصح، فإن كان الدين الموجب للحجر لطفل أو مجنون [أو سفيه][3] أومسجد أو جهة عامة كالفقراء والسائلين[4] فيمن مات وورثه المسلمون وله مال على المفلس، فإن الحاكم يحجر عليه من غير طلب[5].

(١) يقال: أفلس الرجل: إذا صار ذا فلوس بعد أن كان ذا ذهب وفضة، أو صار إلى حال ليس له فلوس. والفلس اسم المصدر، بمعنى التفليس والإفلاس. والإفلاس أو التفليس فى الاصطلاح: أن يكون الدين الذى على الرجل أكثر من ماله، وسواء أكان غير ذى مال أصلا، أم كان له مال إلا أنه أقل من دينه. قال ابن قدامة: وإنما سمى من غلب دينه ماله مفلسا وإن كان له مال؛ لأن ماله مستحق الصرف فى جهة دينه، فكأنه معدوم.

(٢) فى ط: بقبض الغرماء.

(٣) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٤) فى ط: والمسلمين.

(٥) إذا أحاط الدين بمال المدين، وطلب الغرماء الحجر عليه، وجب على الحاكم تفليسه عند المالكية والشافعية والحنابلة، وصاحبى أبى حنيفة، وهو المفتى به عند الحنفية. واشترط المالكية لوجوب ذلك ألا يمكن للغرماء الوصول إلى حقهم إلا به. أما إذا أمكن الوصول إلى حقهم بغير ذلك كبيع بعض ماله، فإنه لا يصار إلى التفليس. وذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يفلس؛ لأنه كامل الأهلية، وفى الحجر عليه إهدار لآدميته. واستدل القائلون بتفليسه: بأن الكل مجمع على الحجر على المريض مرض الموت فيما زاد على الثلث لحق الورثة، فلأن يحجر عليه ويمنع من التصرف فى أمواله لحق الغرماء أولى. ومما يتصل بهذا الموضوع: أنه هل يجوز للحاكم أن يبيع ماله جبرا عليه أو لا؟ ذهب الجمهور إلى جواز ذلك مستدلين بحديث معاذ: «أن النبى صلى الله عليه وسلم حجر عليه، وباع ماله فى دين كان عليه، وقسمه بين غرمائه. . .» وكذلك أثر أسيفع: أنه كان يشترى الرواحل، فيغالى بها، ثم يسرع فى السير فيسبق الحاج، فأفلس، فرفع أمره إلى عمر بن الخطاب فقال: أما بعد: أيها الناس فإن الأسيفع أسفع جهينة رضى من دينه وأمانته أن يقال: سبق الحاج، إلا أنه قد ادان معرضا، فأصبح وقد رين به، فمن كان له دين فليأتنا بالغداة نقسم ماله بين غرمائه، وإياكم والدين. . . ولأنه محجور عليه محتاج إلى قضاء دينه فجاز بيع ماله بغير رضاه، كالصغير والمجنون. وقال أبو حنيفة: لا يباع ماله جبرا عنه؛ لأنه لا ولاية عليه فى ماله، إلا أن الحاكم يجبره على البيع إذا لم يمكن الإيفاء بدون إجبار؛ لقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم =

وقوله: من تصرف يُفَوِّت ماله حيًا

أى: يحجر عليه من التصرف الذى يفوت ماله فى الحياة، فلا حجر فيما لا يفوت مالًا أصلًا كالطلاق والقصاص والعفو عنه، ولا فيما يفوته بعد الموت كالتدبير والوصية، ويصح نكاحه، ولا يحجر عليه من التصرف المحصل للمال كالاحتطاب والاكتساب.

وقوله فى الحاوى: من تصرف مالٍ مفوت، لم يتعرض لاشتراط التفويت فى الحياة، فليحمل على أنه أراد ذلك.

وقوله: وصح فى ذمة ولو حالًا بغبن.

أى: ويصح التصرف من المفلس فى الذمة، فإن اشترى فى ذمته أو باع سلمًا صح تصرفه، سواء اشترى حالًا أو مؤجلًا، وسواء غُبن أم لا، ثم هل لمعامله الخيار؟ فيه أوجه، أصحها أنه إن جهل ثبت له الخيار، لا المضاربة مع الغرماء.

وقوله: ويرد بخيار [لا][1] بعيب إلا لغبطة.

أى: إذا باع قبل الحجر بشرط الخيار، فله أن يفسخ البيع وإن كانت الغبطة فى إمضائه، وإن وجد عيبًا فيما كان قد اشتراه فليس له رده إلا إن كان فى الرد غبطة، والفرق أن الملك فى مدة الخيار لم يستقر.

وقوله: ولا يعفو عن أرشه.

أى: إذا اشترى معيبًا وتعذر رده لعيب حادث وبذل البائع الأرش، لم يجز للمفلس أن يعفو عنه لتعلق حق الغرماء [به][2]، فليحمل قوله فى الحاوى: وإن منعه عيب حادث، لزم الأرش - على ذلك، ولا يقال: يلزم حتى لا يبقى للبائع خيار إذا حصل تراض وإن كان اللفظ يقتضيه.

وقوله: ونفذ إقراره، لا بدين عقد لاحِق فى حق غريم.

أى: إقرار المفلس بما لا يضر بالغرماء نافذ صحيح، وكذا إن كان مضرًا بالغرماء على

= بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٥]. واستثنى أبو حنيفة من ذلك أنه إذا كان دينه دراهم، وفى المال دراهم، دفعت للغريم جبرا. وكذلك إن كان دينه دنانير وفى المال دنانير، دفعت للدائنين جبرا. وكذلك إذا كان عليه أحد النقدين وفى ماله النقد الآخر؛ لأنهما كجنس واحد. واستدل لذلك بأن الغريم إذا ظفر بمثل دينه أخذه جبرا، فالحاكم أولى، وهذا الاستثناء عنده من قبيل الاستحسان. ومما يتصل بهذا أن المدين المستغرق بالدين، يحرم عليه ديانة كل تصرف يضر بالدائنين، كما يحرم على الآخرين أن يتعاملوا معه بما يضر بدائنيه متى علموا

(١) سقط فى ط.

(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

الأظهر، ولا يستثنى من ذلك الإقرار بدين[١] معاملة لحقت؛ كما إذا قال: اشتريت منه بعد الحجر، فإن الإقرار لا يقبل فى حق الغرماء، وأما العين إذا أقر بها لشخص فإنه يأخذها مطلقًا، وكذلك لو أقر بجناية، أو إتلاف بعد الحجر، فإنه يقبل فى حق الغرماء على المذهب.

[وقوله فى الحاوى: حجر عليه من تصرف مالى وإقرار بدين معاملة لاحق، مقتضاه أنه لا ينفذ إقراره بدين معاملة لاحقة مطلقا وإقراره بذلك نافذ فى حق نفسه، ولكن لا يقبل فى حق الغرماء. كما صرح به فى الروضة وغيرها][٢].

وقوله: ولا يحلف غريم، إن نكل مفلس، ووارث، ولايدعى ولا يقبل وصية.

أى: إذا ادعى المفلس أو وارثه دينًا، فردت عليه اليمين، فنكل أو أقام شاهدًا فنكل عن اليمين - لم يحلف الغرماء، وكذلك لا يثبتون الدعوى إن تركها المفلس ونحوه، ولا يقبلون الوصية إن لم يقبلها هو أو وارثه، على الأصح فى ذلك كله.

وقوله: وباع القاضى ما ثبت له سريعًا بحضوره، كممتنع عن حق، وله إكراه ممتنع.

أى: لا حبس على المفلس، بل يبادر القاضى إلى بيع ماله لغرمائه، لكن لا يبيعه حتى يثبت أنه ملكه؛ لأن بيع القاضى حكم بالملك، ولا يكفى قول المفلس: إنه ملكى، ولا يفرط فى الإسراع بالبيع ليستقصى على الثمن، ويستحب أن يبيع بحضوره، أو حضور وكيله؛ لأنه أطيب لقلبه، وكذلك الممتنع من امتثال أمر القاضى فى بيع ماله لقضاء الدين، لكن القاضى مخير فى هذا: إن شاء باع ماله، وإن شاء أكرهه على بيعه.

وقوله فى الحاوى: والقاضى يبيع ماله ومال المديون الممتنع: فيه أمران:

أحدهما: أنه لم يشترط لبيع القاضى الإثبات بما تحت يد المفلس[٣] أنه ملكه، وذلك لابد منه كما نقله ابن الرفعة عن الماوردى، والقاضى حسين، واستدركه ابن النحوى على صاحب الحاوى، ونقله المتأخرون.

الثانى: قوله: ومال المديون الممتنع، فقصر الحكم على أنه يبيعه كالمفلس، والقاضى مخير بين أن يكره الممتنع على البيع وبين أن يبيع عليه، كما نقله فى الروضة عن الأصحاب.

وقوله: وقسط فيمن حل دينه، وإن لم يثبت حصرهم.

---

(١) فى ط: ولا يستثنى من ذلك إلا إقراره بدين.
(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٣) فى أ: بما يجب المفلس.

أى: ويقسط ما يحصل من الأثمان على الديون الحالة التى أثبت بها، ولا يكلفون الإثبات بالحصر، وفى وجه يكلفون، وصورة الحصر أن يقول الشهود: لا نعلم غريمًا سواهم، والمذهب أنهم لا يكلفون ذلك، وإن كلفناه الورثة، والفرق: أن الموجود من الغرماء قد علمنا استحقاقه، وشككنا فى مزاحم يخرجه عن كونه مستحقًّا لهذا القدر فى الذمة، ثم الغريم قد يبرئ ويعرض والوارث يخالفه فى جميع ذلك؛ لأنا لا نعلم استحقاقه لكل ذلك مع شكنا فيمن يزاحمه؛ ولأن إعراضه وإبراءه لا يبيحه لمن حضر وأخذ.

وقوله: ورجع بحصة دين ظهر، وبكل إن استحق مبيع القاضى.

أى: إذا قسم الموجود بين الغرماء الموجودين ثم ظهر غريم، لم ينقض القسمة، بل يرجع على الغرماء بالحصة، فإن كان لرجلين مائة مائة، وحصل بكل واحد خمسون، ثم ظهر غريم له مات، استرد من كل ثلث ما أخذ، نعم لو خرج ما باعه القاضى من مال المفلس مستحقًّا فإنه يرجع بالكل؛ لئلا يرغب الناس عن شراء مال المفلس، فكان تقديمه من مصالح الحجر، كأجرة الكيال ونحوه.

وقوله: وأنفق مدة حجر عليه، ومؤنته[١]، وكساهم، لا زوجة حدثت، بعرف من غير مرهون، لا وله كسب لائق، وإن قل[٢] لم يترك إلا قوت يوم وسكناه، ودست ثوب لائق.

أى: وأنفق القاضى على المفلس وعلى من عليه مؤنته من زوجة وقريب مدة الحجر [وكساهم][٣] من ماله، إن لم يتعلق به حق كالمرهون والجانى والمحبوس بالثمن لم ينفق عليهم منه، ولم يكن الإنفاق أقل ما يكفيهم فى العرف، وإنما يصرف عليهم من ماله، إذا لم يكن لهم كسب لائق يقوم بهم، ولا ينفق على زوجة نكحها بعد الحجر من ماله، وإذا انفك [الحجر][٤]، لم يترك من ماله إلا قوت يوم لكل من المفلس ومن يمونه وسكنى يوم، ويترك لكل منهم دست[٥] ثوب لائق بحاله، فإن لم يكن موجودًا اشتراه لهم من ماله، فيترك له ما يليق بحاله[٦] من قميص وسراويل، وإن كان فى الشتاء زاد جبة، ويترك له العمامة والطيلسان والخف والحَقّ وذراعة يلبسها فوق القميص، إن لاق به ذلك، فإن

---

(١) فى ط: ومئونه، وما أثبتناه من متن «الإرشاد».
(٢) فى ط: وإن فُكَّ، وما أثبتناه من متن «الإرشاد».
(٣) سقط فى ط.
(٤) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٥) الدست: اللباس.
(٦) فى ط: بماله.

تعود لبس ما لا يليق [به][١] رد إلى اللائق إن أسرف، لا إن قتر، ويترك لامرأته ما يليق بها، وكذا من تلزمه نفقتهم هذا إذا وجب، ولا يعنى أنهم يزادون ذلك بعد الحجر وهم فى غنى عنه، وأما المسكن والفراش والخادم فيباع؛ لأن الفراش والخادم عنه غنى، والمسكن يسهل استئجاره، والثياب قل أن [تستأجر][٢].

وقوله فى الحاوى: وينفق عليه وعلى من عليه مؤنته من الزوجة والقريب إن لم يكن له كسب: فيه أمور:

أحدها: أنه أطلق وجوب الإنفاق عليه من ماله مدة الحجر، وذلك مخصوص بما إذا كان مطلقًا، فإن تعلق به حق الغرماء[٣]، كما ذكرناه، لم ينفق عليه منه، هكذا نقله الأذرعى عن النهاية فى المرهون، وقال ابن الرفعة: القياس أن غير المرهون مما تعلق به حق الغيركالمرهون.

الثانى: أنه أطلق ذكر الزوجة وذلك مخصوص بمن تزوجها قبل الحجر، أما من تزوجها بعده فلا ينفق عليها، كما صرح به المتولى والرافعى فى كتاب النكاح، ونقله الأذرعى، وقرره وجزم به القمولى.

الثالث: قوله: إن لم يكن له كسب محمول على الكسب اللائق، أما إذا كان يجد كسبا لا يليق بحاله، فإنه ينفق عليه من ماله.

وقوله: وتؤجر أم ولده، ووقف عليه، لا نفسه إلا فيما تعدى.

أى: إذا قسمت أمواله وبقى عليه دين وله وقف عليه أو أم[٤] ولد، فالأصح أنه يؤجر الوقف وأم الولد؛ لأن المنافع أموال كالأعيان، ولا يؤجر الحاكم نفس المفلس؛ لأنه لا يجب عليه تحصيل ما ليس حاصلًا، ألا تراه يجوز له أن يقتص ويعفو مجانا، وإن كان يمكنه العفو على مال؟!

وهذا إذا لم يلزمه الدين بأمر تعدى به، أما لو غصب مالًا أو جنى جناية توجب المال فإنه يلزمه أن يؤجر نفسه، كذا ذكره الإسنوى عن ابن الصلاح[٥]، قال الإسنوى: وهو

---

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: حق الغير.
(٤) فى ط: وأم.
(٥) عثمان بن عبد الرحمن بن عثمان، الإمام العلامة مفتى الإسلام، تقى الدين، أبو عمرو بن الإمام البارع صلاح الدين أبي القاسم، النصرى، الكردى، ولد سنة سبع وسبعين وخمسمائة، قال الذهبى: كان إمامًا، بارعًا، حجة، متبحرًا فى العلوم الدينية، بصيرًا بالمذهب ووجوهه، خبيرًا =

واضح؛ لأن التوبة مما فعله واجبة، وهى متوقفة فى حقوق الآدميين على الرد، انتهى.

قلت: التوبة واجبة على الآدميين[١]، فإذا تعلق بها حق آدمى، فللقاضى أن يطالبه بما التوبة [فيه] متوقفة عليه، بخلاف من اقترض فإنه لم يعص بوجوب الدين، ولم يفرق فى الحاوى بين الدين العاصى بسببه وغيره.

وقوله: وفكه بالقاضى.

أى: ولا ينفك الحجر على المفلس بالفراغ من قسمة أمواله بنفسه، بل لا ينفك إلا بالقاضى؛ لاحتياجه إلى النظر والاجتهاد.

وقوله: وحبس لا لولده، مديون عهد له مال، حتى يشهد بإعساره، مع يمين طلبت، وإن لم يعهد حلف، ولعناد ضرب.

أى: المديون يحبس بما عليه من الدين، إن عهد له مال، وقال: مديون ؛ ليشمل كل مديون وإن لم يكن مفلسًا، إلا إذا كان الغريم ولدًا، فالأصح أنه لا يحبس له والده، كما صححه فى الروضة، ونسبه الإمام إلى المعظم.

وقال فى الحاوى: إنه يحبس لولده، وهو وجه صححه الغزالى، والأصح ما ذكرناه.

ولا يحبس إلا إن عهد له مال كمن اشترى فى الذمة، فإن المبيع[٢] الذى قبضه مال عهد له[٣] بخلاف دين الضمان، والمهر والجناية وكل ما وجب لا فى مقابلة مال، فالقول فيه قول المديون: إنه معسر، إلا أن يعرف القاضى له مالا، وكذلك لو وجب فى مقابلة مال لا يبقى كالخبز واللحم، يتناوله للأكل؛ لأنه معلوم التلف.

فإذا حبس لكونه عهد له مال أو نكل عن اليمين لم يخرج من الحبس، إلا إن شهد شاهدان بإعساره، فإن قال صاحب الحق بعد قيام البينة: أحلفوه أنه لا مال له فى الباطن وجب إحلافه، فإن لم يطلب يمينه لم يحلف على الأصح، وإذا ثبت إعساره حرم حبسه، وإن علم له مال وأخفاه عنادًا، أو لم ينزجر بالحبس، زاد فى تعزيره بما يراه من ضرب ونحوه.

= بأصوله، عارفًا بالمذاهب، جيد المادة من اللغة والعربية، حافظًا للحديث متفننًا فيه، مع ما هو فيه من الدين والعبادة، والتنسك، وكان عديم النظير فى زمانه، وكان حسن الاعتقاد على مذهب السلف، ومن تصانيفه: مشكل الوسيط، وكتاب الفتاوى، وعلوم الحديث، وكتاب أدب المفتى والمستفتي، وغير ذلك، توفى فى ربيع الآخر سنة ثلاث وأربعين وستمائة.

تنظر ترجمته فى: طبقات ابن قاضى شهبة (٢/ ١١٢)، طبقات السبكى (٨/ ٣٢٦).

(١) فى ط: على العبد.

(٢) فى ط: فإن البيع.

(٣) فى ط: عهد به.

وقوله: ووكل بغريب من يبحث ليظن إعساره فيشهد.

أى: إذا كان المحبوس غريبًا وكل به القاضى من يبحث عن حاله وعن عيشه ومنقلبه، فإن غلب على ظنه إعساره شهد به، ولا ينبغى أن يهمله الحاكم فيتجلد عليه الحبس.

وقوله: ولغريم مفلس رجوع فورًا إلى متاعه أو بعضه للباقى فى دين معاوضة محضة، لا بعد حجر علمه، حال وقت رجوع إن لم يضمن بإذن، وإن قدم به لا إن تعلق به حق لازم، أو تخلل ملك غير.

أى: إذا حجر على المفلس وفى الغرماء من باع منه عينًا ووجدها باقية فى ملكه، فله الرجوع لتعذر استيفاء الثمن.

فقوله: ولغريم مفلس، احترز عن غريم غير المفلس؛ فإنه ليس لبائعه الرجوع فى العين.

وقيل: يرجع إن تعذر تسليم الثمن بامتناع ونحوه، وهذا الرجوع على الفور؛ لأنه ثبت لدفع الضرر كالرد بالعيب.

وقوله: فى دين، احترز به من العين، فإذا اشترى المفلس عبدًا بجارية ولم يسلم الجارية طولب بها ولايرجع الغريم إلى العبد.

وقوله: معاوضة محضة احتراز عن النكاح والخلع والصلح عن الدم، فلا يثبت فيها الفسخ؛ لتعذر الرجوع فى المعوض، فمن المعاوضة المحضة السلم والإجارة، فإذا أسلم إليه، وأفلس ورأس المال باق رجع إليه، فكذلك إذا أجره داره فأفلس المستأجر رجع المؤجر إلى داره وفسخ الإجارة، وإن أفلس المؤجر لم يعترض المستأجر فى الدار، فلو كان الأجير ملتزمًا فى ذمته عملًا، وأفلس والأجرة فى يده رجع فيها المستأجر، وإلا ضارب بخلاف ما إذا استأجر عينه، وإنما يرجع فى العين إذا لم يكن له بالدين ضامن غير مفلس، وإن كان له ضامن نظرت: فإن ضمن بإذن المفلس لم يرجع؛ لأن وصوله إلى حقه من الضامن كوصوله إلى حقه من المضمون عنه، كما ذكره فى العزيز والتتمة، ونقله الأذرعى عنهما، وهو المفهوم من الروضة؛ لأن ذكر وجهين فيما إذا ضمن عنه بغير إذن، فأفهم أنه إذا ضمن بإذن لم يرجع قطعًا، وإن ضمن بغير إذن، ففيه وجهان، والفرق أن الضامن هنا متبرع لا رجوع له، فإن كان الغريم قد استوفى بعض ثمن المبيع وبقى بعضه رجع بحصته من العين، ثم لا يرجع فيها إلا إذا كان دينه حالا، ولا يشترط حلوله قبل الحجر، بل ما حل من الدين بعد الحجر ولوقت الرجوع فله حكم الحال قبل الحجر وله أن يرجع، ولو قال الغرماء: نحن نقدمك[١] بالثمن ونعطيكه من غير نقص؛ لأنه لا يؤمن من

---

(١) فى أ: ما نقدمك.

ظهور غريم آخر يزاحمه، وإنما يرجع في المتاع إذا عاوضه بهذا الدين قبل الحجر أو بعد الحجر، وهو جاهل، أما إذا عاوضه بعد الحجر، وقد علم بالحجر، فلا رجوع له، بل الغرماء أحق به؛ لأنه المفرط[١]، ولا يرجع فى المتاع أيضا إذا تعلق به حق لازم، فإن جني المبيع أو رهن أو استولد الأمة، أو كاتب الرقيق، فلا رجوع له، وكذا إذا أجره إلا إذا رضى به مسلوب المنفعة.

واحترز بقوله: لازم من التدبير والعتق بالصفة، وكذلك لا رجوع، إلا إذا كانت العين باقية فى ملكه منه، ولو زال الملك فيها ببيع ونحوه ثم عاد إليه، فالأصح أنه لا يرجع.

وفى قوله: ولغريم مفلس، غنى عن قوله فى الحاوى: تعذر بالإفلاس.

وقوله فى الحاوى: ولصاحبه الرجوع، إلى قوله: ولو بالعود إليه: فيه أمران:

أحدهما: أنه أوجب له الرجوع مطلقًا، وإنما يجب إذا لم يكن له بالمال ضمين[٢] بالإذن كما بينا.

الثانى: أنه أوجب له الرجوع وإن كان قد زال ملكه عنه ثم عاد، والذى صححه النووى من زياداته فى الروضة: أنه لا يرجع، ونقله عنه صاحب المهمات، وأقره عليه.

وقوله: بفسخت البيع رفعته، ونحوه، لابوطء وتصرف.

أى: ورجوع الغريم يكون بالفسخ كفسخت البيع ونقضته ورفعته وأبطلته، وما أشبهه، فلو وطئ الجارية أو باعها مثلا أو أعتقها لم ينفذ ولم يكن فسخًا، ولا يحتاج فى الفسخ إلى الحاكم؛ لأنه ثابت بالسنة كخيار العتق.

وقوله: بزائد لا حادث انفصل أو أبر، وسلم قيمة ولد الأمة أو بيعا وأخذ حصتها.

أى: وللغريم أن يرجع فى عين متاعه بالزوائد المتصلة كالسمن والكبد[٣] وكذا الحمل المجنن والثمرة غير المؤبرة، لا الحادثات فى يد المفلس على الأصح، فإن كانا موجودين حالة الشراء فقطعًا، وإن انفصل وتأبرت الثمرة فى يد المفلس، وكانا موجودين فى حالة العقد، فالأصح أن البائع يرجع فيهما، وإن كانا حادثين بعده فهما للمفلس، لكن الأمة لا يجوز التفريق بينها وبين ولدها، فيأخذه البائع بالقيمة إن شاء، ولا يقدم عليه غيره، وإلا بيعا معا، وأخذ حصة الأم، ويعرف ذلك بتقويمهما معًا، ثم تقويمها وحدها وهى ذات ولد، فإن كانت قيمتهما معا مائة وعشرين، وقيمتها وحدها مائة فحصة الأم مائة، والولد

---

(١) فى ط: لأنه المعول.
(٢) فى ط: ضامن.
(٣) فى ط: والكسب.

عشرون، فيخص الولد سدس الثمن، والأم خمسة أسداسه.

وقوله فى الحاوى: لا المؤبرة، إلى قوله: وخص بقيمة الأم، فيه أمران:

أحدهما: قوله: لا المؤبرة، أطلق أن البائع لا يرجع فى الثمرة المؤبرة فى يد المفلس، والصحيح أنه يرجع فيها إذا كانت موجودة حال العقد.

الثانى: قوله: وخص بقيمة الأم، اعترض عليه شراحه، وقالوا: وكان الأحسن أن يقول: بحصة الأم.

وقوله: ويرجع وإن زوجت، وتفرخ، وخلط الزيت لا بأجود، أو غير جنس.

أى: وللبائع الرجوع فى الأمة وإن زوجها المفلس، وكذا فى البيض وإن تفرخ، والبذر وإن زرع على الأصح؛ لأنها زيادة فى عين ماله وكذا فى الودى يصير نخلا، وكذلك إذا خلط زيتا أو طعامًا بمثله أو بأردأ منه رجع بمثل ملكيته، أو ترك وضارب وليس له طلب البيع.

فإن قيل: ما الفرق بينه وبين المغصوب حيث جعلتموه بالخلطة، كالتالف.

قلنا: الفرق: أن الغاصب موسر يلزمه القيمة بتمامها، وهنا البائع إذا ضارب لا يصل إلى حقه بتمامه، وإن خلطه بأجود منه أو بجنس آخر لم يستحق إلا المضاربة؛ لما فى الرجوع من الإضرار بالمفلس.

وقوله: بلا أرش، نعم يضارب بنقص عيب يغرم للمفلس، وبحصة تالف يفرد بعقد[1] كزيت أغلى.

أى: وإذا رجع فى عين ماله ووجده ناقصًا، نظرت: فإن كان النقصان مما لا يفرد بعقد، وهو النقصان الموجب للأرش كقطع يد العبد وعماه، نظرت: فإن كان بآفة سماوية أو بفعل المفلس فلا أرش يطالب به، بل يرجع فيه ناقصًا أو يضارب، وإن كان بجناية أجنبى، وجب للمفلس فيها الأرش المقدر، وللبائع أرش النقص فقط، منسوبًا إلى الثمن.

وإن كان بجناية البائع، نظرت: فإن كان قبل القبض فهو من ضمانه فلا أرش له، وإن كان بعده فله أرش النقص وعليه الأرش المقدر للمفلس.

فخرج بقوله: يضارب بنقص عيب يغرم للمفلس، ما كان بآفة سماوية، أو بجناية المفلس أو البائع قبل القبض، ودخل فيه جناية الأجنبى والبائع بعد القبض؛ لأنها تغرم للمفلس.

---

(١) فى ط: بقصد، وما أثبتناه من متن «الإرشاد».

وإن كان النقصان مما لا يفرد بالعقد، كما إذا باعه النخل والثمرة فتلفت، فإنه ينفسخ البيع فى الثمرة التالفة ويرجع فى النخل بحصته من الثمن، وكذلك الزيت إذا أغلاه المفلس، فالأصح أن الناقص منه كالتالف.

وقوله فى الحاوى: بلا أرش نقص لا بجناية أو أجنبى، أى: لا بجناية البائع، وليس ذلك على إطلاقه، بل ذلك إن كان بعد القبض، وأما قبله فلا؛ لأنه لا يغرم للمفلس، وقد بيناه أولا.

وقوله: واعتبر للنسبة أقل قيمتيه، بعقد وقبض، وأكثرهما لباق.

مثال ذلك: اشترى نخلا وثمرته، وقيمته يوم العقد مائة وخمسون، وقيمة الثمرة من ذلك خمسون، فإن تلفت، ولم يحصل فى القيم تفاوت، ضارب بالثلث، ولو زادت قيمة الثمرة، فبلغت يوم القبض مائة، فهو كما لو لم يزد؛ لأنك تنسب إلى الثمن أقل قيمتيهما وإلى أكثر قيمتى الباقى، وإن نقصت فبلغت خمسة وعشرين، أضفتها إلى المائة، ونسبتها إلى الجملة فنجدها خمسها، فيضارب بخمس الثمن، فلو بلغت قيمة النخل مائتين، أضفت الخمسة والعشرين إليها، ونسبتها فتجدها تسعها، فتضارب بتسع الثمن، فإن نقصت قيمة النخل فهو كما لو لم ينقص.

وقوله: وإن باع عينين، فله رجوع فى إحداهما.

أى: إذا اشترى المفلس عبدين بمائة مثلا وكانا مستويى القيمة، أو أحدهما أكثر، فله الرجوع فى أحدهما، سواء تلف أحدهما أم لا، وسواء قبض حصته أم لا، وقد أخذ منه البائع قدر حصة التالف ممن أخذ نصف الثمن فله أن يرجع فى الآخر، وقوله فى الحاوى: متساويين، ليس شرطا لكن لما صورها فيما إذا أخذ نصف الثمن تعين عليه أن يجعلهما متساويين.

وقوله: فإن بنى وغرس، ولم يرض المفلس وغر ماؤه القلع، تملك بقيمة، أو قلع بأرش، وإن رضى بعض فالأصلح.

أى: إذا رجع بائع الأرض وقد غرس المفلس وبنى، فإن اتفق الغرماء والمفلس على قلع البناء والغراس قلعا، وسويت الحفر من مال المفلس، فإن امتنعوا من القلع، فلمن رجع فى الأرض أن يتملك البناء والغراس بقيمتهما إن شاء، وإن شاء أن يقلع ويغرم للمفلس أرش النقص، وإن اختلفوا أعنى المفلس والغرماء، فرضى بعضهم بالقلع دون بعض، عمل بالأصلح.

وقوله فى الحاوى: ولو بنى وغرس واتفق الغرماء والمفلس على القلع قلع، وإن امتنعوا رجع وتملك، ومقتضاه أنه إذا اتفق الغرماء والمفلس على القلع قلعوا، ولو قبل

رجوعه فى الأرض بدليل قوله: وإن امتنعوا رجع وتملك.

قال الأذرعى وابن النحوى: والظاهر أن هذا القلع إنما يكون بعد رجوعه فى الأرض وهو قضية كلام الغزالى، انتهى. وحمل كلام الحاوى على الجواز جار على قاعدة: فإنه قبل الرجوع ملك المفلس، وإنما حجر عليه لأجل الغرماء، فإن اتفقوا على قلعه قلع، وإن لم يكن فللمصلحة؛ لأن الأصلح إنما يتبع إذا اختلفوا.

وقوله: وبلغ مؤجر وبائع رجعا مأمنا، وكذا حصادًا برضا كل، لا بعض، إلا إن ضاع بقطعه بأجر لمؤجر وقدِّم به كمصالح الحجر.

أى: وإذا أفلس مستأجر الدابة، أو مشتريها، وعليها متاع، ففسخ البائع أو المؤجر، وهو فى البادية - فعليه حمل المتاع إلى المأمن، وكذا إذا أفلس مشترى الأرض، أو مكتريها بعد ما زرعها، واتفق الغرماء والمفلس على تركه إلى الحصاد وجب تركه، وكذا إذا اختلفوا فأراد بعضهم القطع دون البعض ولم يكن للمقطوع قيمة، فإن كان له قيمة أجيب من يدعو إلى القطع؛ إذ ليس عليه تنمية ما له لهم ولا عليهم الصبر إلى أن ينمى ماله.

ويجب للمؤجر فى الحمل إلى المأمن والإبقاء إلى الحصاد أجرة المثل يقدم بها على الغرماء؛ لأنها من مصالح الحجر ومصالحه مقدمة كأجرة الكيال ونحوه، ولا أجرة للبائع فى الحالين؛ لأن البائع مورد عقده العين وهى تصير إليها بالفسخ ولم يأخذ أجرة، ومورد عقد الإجارة المنفعة، فإذا منع من استيفائها ومن أخذ بدلها لم تحصل بالفسخ فائدة، ولم تعد إليه المنفعة.

وقوله فى الحاوى: وفى الإجارة نقل إلى مأمن وترك زرعه بأجر مقدم لمصالح الحجر لا فى البيع، فيه أمران:

أحدهما: أن قوله: وفى الإجارة نقل إلى مأمن وترك زرعه بأجر لا فى البيع، يوهم أن حكم البيع مخالف لحكم الإجارة، وفى وجوب النقل وترك الزرع وفى الأجرة، وليس كذلك، بل حكمهما فى وجوب النقل إلى المأمن وإبقاء الزرع واحد، وإنما يختلفان فى وجوب الأجرة، فلا يجب لإبقاء الزرع أجرة فى مسألة البيع؛ لما ذكرناه أولا.

الثانى: أنه أوجب على صاحب الأرض إبقاء الزرع إلى الحصاد مطلقًا، وليس على إطلاقه، بل لابد من التفصيل الذى ذكرناه، كما فى العزيز والروضة وغيرهما.

وقوله: وإن صبغ ثوبا أو عمل به محترمًا كقصارة، شارك بما زاد.

أى: إذا اشترى ثوبًا ثم صبغه وأفلس، فإن لم تزد قيمته بالصبغ فلا شىء للمفلس، وإن نقصت فلا شىء للبائع.

وإن زادت قيمة الثوب بالصبغ، نظرت: فإن زادت قيمة الصبغ، بأن كانت قيمة الثوب عشرة والصبغ خمسة فبلغ خمسة عشر، فهما شريكان، وإن نقصت الزيادة عن قيمة الصبغ فبلغت القيمة اثنا عشر مثلا دخل النقص على الصبغ، وشارك بالزائد على قيمة الثوب فقط، وإن زادت على قيمتهما، بأن بلغت قيمته مصبوغًا عشرين، فالأصح أن الزيادة كلها للمفلس فيقسمان الثمن نصفين، وكذلك إذا عمل عملا محترمًا كقصارة الثوب ورياضة الدابة وطحن الحنطة فالأصح أن ذلك كله عين كالصبغ، لا أثر له كالسمن، فيكون حكمها كحكم الصبغ، وإن كانت الزيادة غير محترمة، كتعليم ضرب الأوتار ونحوه، فكالسمن لا يشارك بها المفلس.

وقوله: وهى رهن بأجرة قصار فسخ.

أى: إذا حجر على المفلس وقد استأجر قصارًا على ثوب نظرت: فإن طالب القصار بأجرته ضارب مع الغرماء، وإن فسخ الإجارة ورجع إلى عمله، فإن القصارة تصير رهنا بأجرته فيقدم بأجرته من زائد القصارة، فإن زادت على أجرته أو ساوتها استوفى حقه وإلا ضارب بما بقى له، وهذا معنى قوله: وهى رهن بأجرتها؛ لأن هذا حكم المرهون.

وقوله: ولكل قصار حبس الثوب، عند عدل لأجره، وسقط بتلفه فى يده.

أى: اعلم أن هاتين المسألتين لا تعلق لهما بالمفلس، بل من قصر ثوبًا أو خاط قميصًا ونحو ذلك، فله على الأصح حبس ما عمل فيه للأجرة، وليس كحبس البائع المبيع للثمن، بل يوضع عند عدل، وإن تلف مثلا الثوب الذى قصره أو خاطه، قبل تسليمه سقطت الأجرة، كما يسقط الثمن بتلف المبيع قبل القبض، وقد أطلق فى الحاوى: أن للقصار الحبس، وليس على إطلاقه، بل المراد أن له وضعه عند عدل كما صححه فى الروضة، ونقله عن نص الشافعى رحمه الله فى الأم وجماعة من الأصحاب.

* * *

الحجر(١)

وقوله: باب حجر جنون إلى إفاقة، وصبى إلى بلوغ بخمس عشرة أو إمناء أو حيض لتسع أو حبل، ودليله فى كافر خشونة عانة، وصدق بيمينه، لا لإسقاط جزية أنه استعجله.

أى: اعلم ان المراد من هذا الباب الحجر الذى هو لمصلحة المحجور عليه(٢)، وموجبه

---

(١) الحجر لغة المنع. يقال: حجر عليه حجرا منعه من التصرف فهو محجور عليه. ومنه سمى الحطيم حجرا لأنه منع من أن يدخل فى بناء الكعبة. وقيل: الحطيم جدار الحجر، والحجر ما حواه الجدر. وسمى العقل حجرا لأنه يمنع من القبائح، قال تعالى: ﴿هَلْ فِي ذَٰلِكَ قَسَمٌ لِّذِي حِجْرٍ﴾ [الفجر: ٥] أى لذى عقل. وأما تعريفه فى الاصطلاح فقد اختلفت فيه عبارات الفقهاء: فعرفه الشافعية والحنابلة بأنه المنع من التصرفات المالية، سواء أكان المنع قد شرع لمصلحة الغير كالحجر على المفلس للغرماء وعلى الراهن فى المرهون لمصلحة المرتهن، وعلى المريض مرض الموت لحق الورثة فى ثلثى ماله وغيرها، أم شرع لمصلحة المحجور عليه كالحجر على المجنون، والصغير، والسفيه. وعرفه الحنفية بأنه منع من نفاذ تصرف قولى - لا فعلى - فإن عقد المحجور ينعقد موقوفا فلا ينفذ إلا بإجازة من له الحق فى الإجازة. وإنما كان الحجر عند الحنفية من التصرفات القولية لأن تلك التصرفات هى التى يتصور الحجر فيها بالمنع من نفاذها. أما التصرف الفعلى فلا يتصور الحجر فيه؛ لأن الفعل بعد وقوعه لا يمكن رده، فلا يتصور الحجر عنه. قال ابن عابدين نقلا عن بعض الحنفية ما مفاده: الحجر على مراتب: أقوى، وهو المنع عن أصل التصرف بعدم انعقاده (البطلان) كتصرف المجنون. ومتوسط، وهو المنع عن وصفه وهو النفاذ كتصرف المميز. وضعيف، وهو المنع عن وصف وصفه، وهو كون النفاذ حالا مثل تأخير نفاذ الإقرار من المحجور عليه للإفلاس إلى ما بعد فك الحجر عنه. قال ابن عابدين: وقد أدخل فى التعريف المنع عن الفعل، ويظهر لى أن هذا هو التحقيق، فإنه إن جعل الحجر هو المنع من ثبوت حكم التصرف، فما وجه تقييده بالقولى ونفى الفعلى مع أن لكل حكما؟ وأما ما علل به (صاحب الدر) من قوله: لأن الفعل بعد وقوعه لا يمكن رده، نقول: الكلام فى منع حكمه لا منع ذاته، ومثله: القول، لا يمكن رده بذاته بعد وقوعه بل رد حكمه. وعرف المالكية الحجر بأنه صفة حكمية توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه فيما زاد على قوته، أو من نفوذ تبرعه بزائد على ثلث ماله. فدخل بالثانى حجر المريض والزوجة، ودخل بالأول حجر الصبى والمجنون والسفيه والمفلس والرقيق فيمنعون من التصرف فى الزائد على القوت ولو كان التصرف غير تبرع كالبيع والشراء، وأما الزوجة والمريض فلا يمنعان من التصرف إذا كان غير تبرع أو كان تبرعا وكان بثلث مالهما، وأما تبرعهما بزائد على الثلث فيمنعان منه.

(٢) ثبتت مشروعية الحجر بالكتاب والسنة. أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا﴾ [النساء: ٥] وقوله: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦]. وقوله: ﴿فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]. فسر الشافعى السفيه بالمبذر، والضعيف بالصبى والكبير المختل، والذى لا يستطيع أن يمل بالمغلوب على عقله، فأخبر الله تعالى أن هؤلاء ينوب عنهم أولياؤهم فدل على ثبوت الحجر عليهم. وأما السنة فعن كعب بن مالك رضى الله عنه «أن النبى صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ رضى الله عنه ماله وباعه فى دين كان عليه» وروى الشافعى فى مسنده عن عروة بن الزبير أن عثمان رضى الله عنه حجر على عبد الله ابن جعفر رضى الله عنه بسبب تبذيره.

وقرر الشارع الحجر على من يصاب بخلل فى عقله كجنون وعته حتى تكون الأموال مصونة من =

ثلاثة أشياء[(١)]: الجنون، والصِّبا، والسفه.

وأما الحجر لمصلحة الغير، فمذكور فى أبوابه كحجر الفلس والرهن والمرض، والرهن لأجل الثمن، والرق، والمجنون محجور عليه إلى الإفاقة ويزول بزواله، ويعود بعوده.

وحجر الصبى إلى البلوغ بالسن وهو استكمال خمس عشرة سنة قمرية تحديدًا، لا تقريبًا؛ لحديث ابن عمر رضى الله تعالى عنهما، «أنه عرض فى جيش لأربع عشرة سنة، فلم يجزه ﷺ، ثم عرض وهو ابن خمس عشرة فأجازه، قال: ورآنى قد بلغت»[(٢)]. وبالاحتلام؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَـْٔذِنُوا۟﴾ [النور: ٥٩]، والمراد خروج المنى، ويدخل إمكانه باستكمال تسع سنين، كالحيض، فهذان يشترك فيهما الرجال والنساء، وتختص النساء بالحيض، والحبل، فإذا حاضت فقد بلغت، لحديث: «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار»[(٣)] وكذلك الحبل؛ لأنه مسبوق بالإنزال، لكن الولد لا يستيقن ما لم تضعه، فإذا وضعت حكمنا ببلوغها قبله بستة أشهر وشىء، وإن كانت مطلقة وأتت بولد يلحق الزوج لستة أشهر فأكثر، حكمنا ببلوغها قبل الطلاق، وإن أمنى المشكل من ذكره وحاض من فرجه حكمنا ببلوغه على الأصح، إلا إذا أتى بهما أو بأحدهما من فرجه عند الجمهور.

وأما إنبات العانة فيستدل به على بلوغ الكافر على الأظهر؛ لأنهم كانوا يكشفون عورة المراهقين، فمن أنبت منهم قتل، ومن لم ينبت جعل فى الذرارى[(٤)]، ثم المعتبر شعرًا

= الأيدى التى تسلب أموال الناس بالباطل والغش والتدليس. وتكون مصونة أيضا من سوء تصرف المالك. وقرر الحجر أيضا على من يسترسلون فى غلواء الفسق والفجور والخلاعة ويبددون أموالهم ذات اليمين وذات الشمال صونا لأموالهم، وحرصا على أرزاق أولادهم، ومن يعولونهم فى حياتهم وبعد مماتهم. كما شمل الحجر من يتعرض للإفتاء وهو جاهل لا يعلم حقيقة الحكم الشرعى فيضل ويضل وتصبح فتنة بين المسلمين من وراء فتياه، وكذا يحجر على الطبيب الجاهل الذى يداوى الأمة وهو لا يعلم شيئا من فن الطب، فتروح أرواح طاهرة بين يديه لجهله، وينتج من ذلك بلاء عظيم وخطب جسيم. وكذا يحجر على المكارى المفلس؛ لأنه يتلف أموال الناس بالباطل.

(١) اتفق الفقهاء على أن الصغر والجنون والرق أسباب للحجر. وذهب الجمهور إلى أن السفه والمرض المتصل بالموت أسباب للحجر أيضا. واختلفوا فى الحجر على الزوجة - فيما زاد على الثلث - وفى الحجر على المرتد لمصلحة المسلمين.

(٢) أخرجه البخارى (٤٠٩٧) ومسلم (٩١/١٨٦٨) عن ابن عمر دون قوله: «وأرانى قد بلغت».

(٣) أخرجه أبو داود (٦٤١)، والترمذى (٣٧٧)، وابن ماجه (٩٥٥) عن عائشة.

(٤) يشير إلى حديث عطية القرظى أخرجه أبو داود (٤٤٠٤)، (٤٤٠٥)، وابن ماجه (٢٥٤١)، (٢٥٤٢)، والترمذى (١٥٨٤) عن عائشة.

خشنا يحتاج لحلق، وأما الشعر الضعيف فزغب[١] يوجد فى الصغير فلا أثر له ولا يقضى به بلوغ فى حق المسلمين؛ لأن قول الآباء ونحوهم يقبل فيهم، والتواريخ الدالة تسهل فى حقهم، وليس هو بلوغًا فى نفسه؛ لأنه يستعجل بالدواء وربما يستعجله المسلم لدفع الحجر عنه، والكافر لا يستفيد باستعجاله إلا القتل والجزية.

وقوله فى الحاوى: المجنون محجور إلى الإفاقة، إلى قوله: وحلف إن قال: استعجلته بالدواء، فيه أمور:

أحدها: أنه جعل الحلم بلوغًا ولم يبين سنه، والصحيح أن سنه سن الحيض تسع سنين، كما ذكرناه فى الروضة.

الثانى: أنه عد الإنبات بلوغًا فى حق الكافر، والأصح: أنه ليس ببلوغ، بل هو دليل عليه.

الثالث: أنه جعل مطلق الإنبات بلوغًا، ولابد من تخصيصه بالخشن منه، وأما الزغب والضعيف فإنه يوجد فى الصغير، ولا عبرة بشعر الإبط والشارب واللحية على الأصح؛ لأن وجودها فى هذا السن نادر ولا عبرة بالنادر، والعانة يقارب نباتها البلوغ غالبًا.

الرابع: أنه قضى للكافر إذا ادعى استعجال الإنبات وحلف قبل منه مطلقا، وهو لا يقبل فى إسقاط الجزية، وإن قبل فى حق القتل كما ذكره فى التتمة، ونقله عنه القمولى، وقطع به الأذرعى، ونقله ابن الرفعة عن العبادى[٢] فى الكفاية.

وقوله: ثم يصح إسلام وتصرف، لا فى مال، غير وصية، وتدبير وصلح عن قصاص، ولا إقرار به إلى صلاحه دينا ودنيا، وميز ندبا عن أهله مميز أسلم.

أى: إذا ارتفع الحجر بالبلوغ ثم أسلم صح إسلامه، وأما قبل البلوغ فلا يصح إسلامه، وكذا يصح منه ما سوى التصرف فى المال مطلقًا، وأما التصرف فى المال فلا يصح إلا من البالغ الرشيد المصلح لدينه ودنياه، ولا يوقف جواز تصرفه على الرشد، وتصح منه الوصية والتدبير؛ لأنه لا ضرر عليه فى ذلك، ويصح منه الصلح عن القصاص ولو بأكثر من الدية، صيانة لنفسه وعضوه والعفو عنه مجانًا، ولا يصح إقراره بالتصرف المالى كما لا يصح منه

---

(١) الزغب: صغار الشعر ولينه.

(٢) هو: محمد بن أحمد بن محمد بن محمد بن عبد الله بن عباد القاضى، أبو عاصم العبادى الهروى، أحد أعيان الأصحاب، من تصانيفه كتاب «المبسوط» وكتاب «الهادى»، وكتاب «المياه»، وكتاب «الأطعمة»، وكتاب «الزيادات»، وغير ذلك، قال أبو سعد السمعانى: كان إمامًا متبتًا، مناظرًا، دقيق النظر، سمع الكثير، وتفقه، وصنف كتبًا فى الفقه، مات فى شوال سنة ثمان وخمسين وأربعمائة.
تنظر ترجمته فى: طبقات ابن قاضى شهبة (١/ ٢٣٢)، طبقات السبكى (٣/ ٧٩).

إنشاؤه، ولا بما يوجب المال، فإن أقر بسرقة قبل إقراره فى القطع لا المال، فإن أسلم الصبى المميز فرق بينه وبين أهله لئلا يفتنوه، وهذا التفريق مستحب، لا واجب على الأصح كما ذكره فى الروضة فى أول باب اللقيط.

وقوله فى الحاوى: من الإيمان وغيره، إلى قوله: وإقرار به، فيه أمور:

أحدها: أنه أطلق الحجر على الصبى من الإيمان وغيره، وليس الصبى محجورًا عليه فى العبادات ولا فى النهى عن المنكر، بل يثاب على ذلك كله، ولا فى حمل الهدية والإذن كما هو مذكور فى أبوابه.

الثانى: أنه أطلق إبعاد المميز عن أهله، ولم يبين أنه واجب أو مستحب، والأصح أنه مستحب كما بيناه.

الثالث: أنه لم يستثن من التصرف إلا الوصية والتدبير، وذكر فى العزيز والروضة والغزالى، وغيره: أن له أن يصالح عن القصاص، ولو بأكثر من الدية؛ صيانة من الجراح.

وقوله: وتصرف أب ثم جد، ثم وصى، ثم قاض بغبطة، ولو فى شفعة، لا قصاص وعتق وطلاق.

أى: ويتصرف فى مال المجنون والصبى الأب ثم الجد وهو أب الأب، وإن علا، ولا ولاية للأم، ثم الوصى وهو وصى الأب أو الجد، فإن فقدوا فالقاضى، أو من ينصبه، ويجب أن يكون هذا التصرف بالغبطة فيشترى له العقار، وهو أولى من التجارة، إلا إن كان فى العقار خراج أو جور لاغبطة فيه معه فلا يشتريه ويبنى لهما بالآجر والطين لا اللبن والجص، ولا يبيع عقاره إلا لحاجة أو لغبطة ظاهرة[1].

وإذا باع الأب أو الجد عقاره ورفع إلى الحاكم سجل بيعه، ولا يكلفه إثبات الغبطة، بخلاف الوصى والأمين؛ لأن الوالد غير متهم، ويتصرف بالغبطة ولو فى الشفعة، فإن وجد للطفل مصلحة شفع وإلا ترك، فلو ترك المصلحة ثم بلغ الصبى وأراد الأخذ لم يكن له ذلك على الأصح، كما ليس له نقض شفعة أخذها بالمصلحة، ولا يتصرف للطفل فى قصاص ولا فى عفو عنه، ولا فى عتق رقيقه ولا كتابته ولا هبة ماله، ولا تطليق زوجته.

وقوله: ويجب حفظ وتنمية قدر المؤن، وبيع وشراء بغبطة، وقدم نفسه، وإن تبرم

---

(١) الغبطة: حسن الحال وهى اسم من غبطته غبطا من باب ضرب إذا تمنيت مثل ما ناله من غير أن تريد زواله عنه لما أعجبك منه وعظم عندك. وفى حديث «أقوم مقاما يغبطنى فيه الأولون والآخرون» وهذا جائز فإنه ليس بحسد فإن تمنيت زواله فهو الحسد. والغبطة هى الزيادة على القيمة زيادة لها بال فهى إما أن تبيع بزيادة عن الربح أو تبيع ما يتوقع خسارته أكثر.

استأجر.

أى: ويجب على الولى حفظ مال الطفل والمجنون والسفيه، وعليه أن ينميه قدرًا لا تأكله معه النفقة والمؤن، ولا تجب المبالغة فى ذلك، وإذا طلب بيع متاعه بغبطة أو وجد له ما يشترى وفيه غبطة لزمه البيع، وكذا إذا اشترى إلا إذا أراده لنفسه، فإن له أن يقدم نفسه، وإن تبرم الولى من حفظ المال والتصرف فيه فله أن يستأجر من يتولاه، ولو سأل القاضى أن يفرض له أجرة لم يجبه إلى ذلك.

وقوله فى الحاوى: ويجب حفظ مال الطفل واستنماؤه، إلى آخره، فيه أمران:

أحدهما: أنه اقتصر على الطفل، وليس لاقتصاره عليه معنى، بل للمجنون والسفيه حكمه.

الثانى: قوله: قدر النفقة اقتصر على النفقة وحدها، والكسوة والزكاة وسائر المؤن كذلك، فلو قال: المؤن ليشمل مؤن الطفل ومؤن المال لكان أولى، وهذا كله إذا أمكن.

وقوله: ولفقير غير قاض شغل به عن كسب أكل بمعروف، لا يجاوز أجره.

أى: للولى المذكور غير القاضى إذا كان فقيرا، أو كان الاشتغال بحفظ مال المولى عليه وتنميته يشغله عن الاكتساب - أن يأكل من مال المولى عليه بالمعروف، وليس له إلا الأقل من كفايته وقدر أجره.

وقوله فى الحاوى: ويأكل الفقير بالمعروف، فيه أمور:

أحدها: أنه أطلق جواز الأكل للولى، والقاضى لا يجوز له ذلك؛ لعموم ولايته ولعدم اختصاصها به.

الثانى: أن ذلك مخصوص بما إذا كان المولى عليه يشغل الولى عن الاكتساب، فإن لم يشغله لم يكن له أن يأكل.

الثالث: أنه يشترط ألا يجاوز ما يأكله الأقل من الكفاية وأجرة المثل، كما صححه فى الروضة.

وقوله: ويحجر قاض ويلى بتبذير طارئ فى غير خير، ونفيس طعام، لا بفسق وانعزل كل به وبجنون وعاد، لا قاض ووصى بلا تجديد.

أى: التبذير المتصل بالصبى الولاية فيه للأب والجد، فإن طرأ تبذير بعد الرشد فلا يحجر به إلا القاضى وتكون له الولاية، لا للأب والجد؛ لأنه فى محل الاجتهاد، وإنما يعد التبذير بعد الرشد سفها إذا كان فى غير الخير؛ إذ لا سرف فى الخير، وكذا سرفه فى

نفيس الأطعمة والثياب الفاخرة لا يعد تبذيرًا[١]؛ لأن المال يراد لذلك، وإنما التبذير كاحتمال الغبن الفاحش، وتضييع المال فى غير هذه الوجوه، ولا حجر على من فسق[٢]، بخلاف الفسَق المقارن للبلوغ، فإنه لا يرتفع معه الحجر، وينعزل بالفسق كل ولى، وكذا بالجنون، فإن زال الفسق أو الجنون عن الأب والجد عادت ولايتهما، لا الوصى والقاضى، حتى تجدد لهما الولاية، وطرآن الجنون كمتصله بالصبى الولاية فيه للأب، وهو داخل فى عموم قوله: وتصرف أب ثم جد، وإنما استثنى طرآن التبذير؛ لأن الحجر فيه يحتاج إلى الاجتهاد.

* * *

(١) التبذير: هو تفريق المال فى غير قصد، ومنه البذر فى الزراعة. وقيل: هو إفساد المال وإنفاقه فى السرف. قال تعالى: ﴿وَلَا تُبَذِّرْ تَبْذِيرًا﴾ [الإسراء:٢٦] وخصه بعضهم بإنفاق المال فى المعاصى، وتفريقه فى غير حق. ويعرفه بعض الفقهاء بأنه: عدم إحسان التصرف فى المال، وصرفه فيما لا ينبغى، فصرف المال إلى وجوه البر ليس بتبذير، وصرفه فى الأطعمة النفيسة التى لا تليق بحاله تبذير. وعلى هذا فالتبذير أخص من الإسراف؛ لأن التبذير يستعمل فى إنفاق المال فى السرف أو المعاصى أو فى غير حق، والإسراف أعم من ذلك؛ لأنه مجاوز الحد، سواء أكان فى الأموال أم فى غيرها، كما يستعمل الإسراف فى الإفراط فى الكلام أو القتل وغيرهما. وقد فرق ابن عابدين بين الإسراف والتبذير من جهة أخرى، فقال: التبذير يستعمل فى المشهور بمعنى الإسراف، والتحقيق أن بينهما فرقا، وهو أن الإسراف: صرف الشىء فيما ينبغى زائدا على ما ينبغى، والتبذير: صرف الشىء فيما لا ينبغى. ومثله ما جاء فى نهاية المحتاج نقلا عن الماوردى، التبذير: الجهل بمواقع الحقوق، والسرف: الجهل بمقادير الحقوق.

(٢) ذهب جمهور الفقهاء (الحنفية والمالكية والحنابلة وهو الأصح عند الشافعية) إلى أن الفاسق إذا لم يكن سفيها مبذرا لماله لا يحجر عليه؛ لأن مجرد الفسق فقط لا يوجب الحجر؛ لأن الأولين لم يحجروا على الفسقة، ولأن الفسق لا يتحقق به إتلاف المال ولا عدم إتلافه (أى لا تلازم بين الفسق وإتلاف المال). وذهب الشافعية فى مقابل الأصح إلى أن الفاسق يحجر عليه كالاستدامة بأن بلغ فاسقا. والفاسق من يفعل محرما يبطل العدالة من كبيرة أو إصرار على صغيرة، ولم تغلب طاعاته على معاصيه، واحترز بالمحرم عما يمنع قبول الشهادة لإخلاله بالمروءة، كالأكل فى السوق، فإنه لا يمنع الرشد لأن الإخلال بالمروءة المختلف فيه ليس بحرام على المشهور.

الصلح(١)

وقوله: باب: الصلح على غير المدعى، بيع أو إجارة، وعلى بعضه هبة أو إبراء.

أى: اعلم أن الصلح إنما يكون بعد الخصومة(٢)، والصلح يكون بين الخصمين أو بين

(١) الصلح فى اللغة: اسم بمعنى المصالحة والتصالح، خلاف المخاصمة والتخاصم. قال الراغب: والصلح يختص بإزالة النفار بين الناس. يقال: اصطلحوا وتصالحوا وعلى ذلك يقال: وقع بينهما الصلح، وصالحه على كذا، وتصالحا عليه واصطلحا، وهم لنا صلح، أى مصالحون. وفى الاصطلاح: معاقدة يرتفع بها النزاع بين الخصوم، ويتوصل بها إلى الموافقة بين المختلفين. فهو عقد وضع لرفع المنازعة بعد وقوعها بالتراضى، وهذا عند الحنفية. وزاد المالكية على هذا المدلول: العقد على رفعها قبل وقوعها - أيضا - وقاية، فجاء فى تعريف ابن عرفة للصلح: أنه انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع، أو خوف وقوعه ففى التعبير ب (خوف وقوعه) إشارة إلى جواز الصلح لتوقى منازعة غير قائمة بالفعل، ولكنها محتملة الوقوع. والمصالح: هو المباشر لعقد الصلح والمصالح عنه: هو الشىء المتنازع فيه إذا قطع النزاع فيه بالصلح والمصالح عليه، أو المصالح به: هو بدل الصلح

وقد ثبتت مشروعية الصلح بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول. أما الكتاب: أ - ففى قوله تعالى: ﴿لَّا خَيْرَ فِى كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَىٰهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَٰحٍۭ بَيْنَ ٱلنَّاسِ﴾ [النساء:١١٤]. قال القاضى أبو الوليد بن رشد: وهذا عام فى الدماء والأموال والأعراض، وفى كل شىء يقع التداعى والاختلاف فيه بين المسلمين. ب - وفى قوله تعالى:

﴿وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء:١٢٨] فقد أفادت الآية مشروعية الصلح، حيث إنه سبحانه وصف الصلح بأنه خير، ولا يوصف بالخيرية إلا ما كان مشروعا مأذونا فيه. وأما السنة: أ - فما روى أبو هريرة - رضى الله عنه - عن النبى صلى الله عليه وسلم قال: «الصلح جائز بين المسلمين». وفى رواية: «إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا». والحديث واضح الدلالة على مشروعية الصلح. ب - وما روى «كعب بن مالك - رضى الله عنه أنه لما تنازع مع ابن أبى حدرد فى دين على ابن أبى حدرد، أن النبى صلى الله عليه وسلم أصلح بينهما: بأن استوضع من دين كعب الشطر، وأمر غريمه بأداء الشطر». وأما الإجماع: فقد أجمع الفقهاء على مشروعية الصلح فى الجملة، وإن كان بينهم اختلاف فى جواز بعض صوره. وأما المعقول: فهو أن الصلح رافع لفساد واقع، أو متوقع بين المؤمنين، إذ أكثر ما يكون الصلح عند النزاع. والنزاع سبب الفساد، والصلح يهدمه ويرفعه، ولهذا كان من أجل المحاسن.

والصلح يتنوع أنواعا خمسة: أحدها: الصلح بين المسلمين والكفار. والثانى: الصلح بين أهل العدل وأهل البغى. والثالث: الصلح بين الزوجين إذا خيف الشقاق بينهما، أو خافت الزوجة إعراض الزوج عنها. والرابع: الصلح بين المتخاصمين فى غير مال. كما فى جنايات العمد. والخامس: الصلح بين المتخاصمين فى الأموال. وهذا النوع هو المبوب له فى كتب الفقه.

(٢) ولم يتعرض فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة فى باب الصلح لبيان الشروط المتعلقة بصيغته؛ نظرا لاعتبارهم عقد الصلح غير قائم بذاته، بل تابعا لأقرب العقود به فى الشرائط والأحكام، بحيث يعد بيعا إذا كان مبادلة مال بمال، وهبة إذا كان على بعض العين المدعاة، وإبراء إذا كان على بعض الدين المدعى، اكتفاء منهم بذكر ما يتعلق بالصيغة من شروط وأحكام فى تلك العقود التى يلحق بها الصلح، بحسب محله وما تصالحا عليه. أما الحنفية: فقد تكلموا على صيغة الصلح بصورة مستقلة =

المدعى وأجنبى.

فإن كان بين الخصمين، فقد يكون على عين وقد يكون على دين، وقد يكون صلح معاوضة[١]، أو صلح حطيطة[٢].

= فى بابه، وأتوا على ذكر بعض شروطها وأحكامها، وسكتوا عن البعض الآخر، اكتفاء بما أوردوه من تفصيلات تتعلق بالصيغة فى أبواب البيع والإجارة والهبة والإبراء، التى يأخذ الصلح أحكامها بحسب أحواله وصوره. أما كلامهم فى باب الصلح عن صيغته وشروطها: فهو أنه يشترط فى الصلح حصول الإيجاب من المدعى على كل حال، سواء أكان المدعى به مما يتعين بالتعيين أم لم يكن، ولذلك لا يصح الصلح بدون إيجاب مطلقا. أما القبول، فيشترط فى كل صلح يتضمن المبادلة بعد الإيجاب. ثم قالوا: تستعمل صيغة الماضى فى الإيجاب والقبول، ولا ينعقد الصلح بصيغة الأمر، وعلى ذلك لو قال المدعى للمدعى عليه: صالحنى على الدار التى تدعيها بخمسمائة درهم، فلا ينعقد الصلح بقول المدعى عليه: صالحت؛ لأن طرف الإيجاب كان عبارة عن طلب الصلح، وهو غير صالح للإيجاب، فقول الطرف الآخر: قبلت، لا يقوم مقام الإيجاب. أما إذا قال المدعى ثانيا: قبلت. ففى تلك الحالة ينعقد الصلح. وبناء على ما تقدم: إذا كان المدعى به مما يتعين بالتعيين: كالعقارات، والأراضى، وعروض التجارة، ونحوها فيشترط القبول بعد الإيجاب لصحة الصلح؛ لأن الصلح فى هذه الحالة لا يكون إسقاطا حتى يتم بإرادة المسقط وحدها، وسبب عدم كونه إسقاطا مبنى على عدم جريان الإسقاط فى الأعيان. وإذا كان الصلح واقعا على جنس آخر، فيشترط القبول - أيضا - سواء أكان المدعى به مما يتعين بالتعيين أو كان مما لا يتعين بالتعيين: كالنقدين، وما فى حكمهما.

(١) وهو الذى يجرى على غير العين المدعاة، كأن ادعى عليه دارا، فأقر له بها ثم صالحه منها على ثوب أو دار أخرى. وهو جائز صحيح باتفاق الفقهاء، ويعد بيعا، وإن عقد بلفظ الصلح؛ لأنه مبادلة مال بمال، ويشترط فيه جميع شروط البيع: كمعلومية البدل، والقدرة على التسليم، والتقابض فى المجلس إن جرى بين العوضين ربا النسيئة. كذلك تتعلق به جميع أحكام البيع: كالرد بالعيب، وحق الشفعة، والمنع من التصرف قبل القبض ونحو ذلك، كما يفسد بالغرر والجهالة الفاحشة والشروط المفسدة للبيع. ولو صالحه من العين المدعاة على منفعة عين أخرى، كما إذا ادعى على رجل شيئا، فأقر به، ثم صالحه على سكنى داره، أو ركوب دابته، أو لبس ثوبه مدة معلومة فلا خلاف بين الفقهاء فى جواز هذا الصلح، وأنه يكون إجارة، وتترتب عليه سائر أحكامها؛ لأن العبرة للمعانى، فوجب حمل الصلح عليها، لوجود معناها فيها، وهو تمليك المنافع بعوض.

(٢) وهو الذى يجرى على بعض العين المدعاة، كمن صالح من الدار المدعاة على نصفها أو ثلثها. وقد اختلف الفقهاء فى حكمه على ثلاثة أقوال أحدها: للمالكية، وهو الأصح عند الشافعية ورواية عن أحمد: وهو أنه يعد من قبيل هبة بعض المدعى لمن هو فى يده، فتثبت فيه أحكام الهبة، سواء وقع بلفظ الهبة أو بلفظ الصلح. قال الشافعية: لأن الخاصية التى يفتقر إليها لفظ الصلح، وهى سبق الخصومة قد حصلت. والثانى: للحنابلة، وهو الوجه الثانى عند الشافعية: وهو أنه إذا كان له فى يده عين، فقال المقر له: وهبتك نصفها، فأعطنى بقيتها، فيصح ويعتبر له شروط الهبة؛ لأن جائز التصرف لا يمنع من هبة بعض حقه، كما لا يمنع من استيفائه، ما لم يقع ذلك بلفظ الصلح، فإنه لا يصح؛ لأنه يكون قد صالح عن بعض ماله ببعضه، فهو هضم للحق، أو بشرط أن يعطيه الباقى، كقوله: على أن تعطينى كذا منه أو تعوضنى منه بكذا؛ لأنه يقتضى المعاوضة، فكأنه عاوض عن بعض حقه ببعضه، والمعاوضة عن الشيء ببعضه محظورة، أو يمنعه حقه بدون الصلح، فإنه لا يصح كذلك. والثالث: للحنفية: وهو أنه لو ادعى شخص على آخر دارا، حصل الصلح على قسم =

فصلح المعاوضة يكون على غير المدعى، فإن كان العوض عينا أو دينا فهو بيع، وإن عقد بلفظ الصلح، فإن قال: صالحتك على الدر التى لك عندى بهذا العبد وقبل صح، وكان بيعًا يثبت فيه جميع أحكام البيع.

وإن كان العوض منفعة، كصالحتك عن هذا العبد بسكنى دارى سنة، فهو إجارة يثبت فيه جميع أحكام الإجارة، وهو المراد بقوله: الصلح على غير المدعى بيع أو إجارة.

وأما صلح الحطيطة، وهو المراد بقوله: وعلى بعضه هبة أو إبراء، فإذا صالح عن داره ببعضها فهو هبة لنصفها يشترط فيها القبول، والإذن فى القبض، ومضى مدة إمكانه، وإن صالح عن دين[1] على عين، فهو بيع الدين، وإن صالح ببعضه فهو إبراء، لكن يشترط

= معين منها، فهناك قولان فى المذهب: أحدهما: لا يصح هذا الصلح، وللمدعى الادعاء بعد ذلك بباقى الدار؛ لأن الصلح إذا وقع على بعض المدعى به يكون المدعى قد استوفى بعض حقه، وأسقط البعض الآخر، إلا أن الإسقاط عن الأعيان باطل، فصار وجوده وعدمه بمنزلة واحدة، كما أن بعض المدعى به لا يكون عوضا عن كله، حيث يكون ذلك بمثابة أن الشىء يكون عوضا عن نفسه، إذ البعض داخل ضمن الكل. والثانى: يصح هذا الصلح، ولا تسمع الدعوى فى باقيها بعده، وهو ظاهر الرواية؛ لأن الإبراء عن بعض العين المدعى بها إبراء فى الحقيقة عن دعوى ذلك البعض، فالصلح صحيح ولا تسمع الدعوى بعده. أما لو صالحه على منفعة العين المدعاة، بأن صالحه عن بيت ادعى عليه به وأقر له به على سكناه مدة معلومة، فقد اختلف الفقهاء فى ذلك الصلح على قولين: أحدهما: الجواز وهو قول الحنفية: ويعتبر إجارة. وهو قول الشافعية فى الأصح، ويعتبر إعارة؛ فتثبت فيه أحكامها. فإن عين مدة فإعارة مؤقتة، وإلا فمطلقة. والثانى: عدم الجواز، وهو للحنابلة ووجه عند الشافعية؛ لأنه صالحه عن ملكه على منفعة ملكه، فكأنه ابتاع داره بمنفعتها، وهو لا يجوز.

(١) وذلك مثل أن يدعى شخص على آخر دينا، فيقر المدعى عليه له به، ثم يصالحه على بعضه، أو على مال غيره. وهو جائز - فى الجملة - باتفاق الفقهاء، وإن كان ثمة اختلاف بينهم فى بعض صوره وحالاته. وهو عند الفقهاء نوعان: صلح إسقاط وإبراء، وصلح معاوضة. أولا: صلح الإسقاط والإبراء: ويسمى عند الشافعية صلح الحطيطة.

وهو الذى يجرى على بعض الدين المدعى، وصورته بلفظ الصلح، أن يقول المقر له: صالحتك على الألف الحال الذى لى عليك على خمسمائة. وقد اختلف الفقهاء فى حكمه على قولين: أحدهما: للحنفية والمالكية والشافعية، هو أن هذا الصلح جائز؛ إذ هو أخذ لبعض حقه وإسقاط لباقيه، لا معاوضة، ويعتبر إبراء للمدعى عليه عن بعض الدين؛ لأنه معناه، فتثبت فيه أحكامه. وقد جاء فى (م ١٠٤٤) من مرشد الحيران: لرب الدين أن يصالح مديونه على بعض الدين، ويكون أخذا لبعض حقه وإبراء عن باقيه. ثم قال الشافعية: ويصح بلفظ الإبراء والحط ونحوهما، كالإسقاط والهبة والترك والإحلال والتحليل والعفو والوضع، ولا يشترط حينئذ القبول على المذهب، سواء قلنا: إن الإبراء تمليك أم إسقاط. كما يصح بلفظ الصلح فى الأصح. وفى اشتراط القبول إذا وقع به وجهان - كالوجهين فيما لو قال لمن عليه دين: وهبته لك - والأصح الاشتراط؛ لأن اللفظ بوضعه يقتضيه. والثانى: للحنابلة: وهو أنه إذا كان لرجل على آخر دين، فوضع عنه بعض حقه، وأخذ منه الباقى، كان ذلك جائزا لهما إذا كان بلفظ =

القبول على الأصح؛ لأن لفظ الصلح يقتضيه بخلاف لفظ الإبراء[١].

وقوله: فإن شرط فيه تعجيل أو جودة، بطل، أو ضدهما فغير الحط.

أى: الشرط مقتضاه أن ما فيه زيادة وصف كتعجيل المؤجل وبذل الجيد عن الردىء والصحيح عن المكسر، يبطل العقد من أصله، وما فيه نقصان وصف كتأجيل الحال وقبول الردىء عن الجيد والمنكسر عن الصحيح، بطل العقد أيضا إن استويا، فإذا صالح عن مائة مؤجلة بمائة معجلة، لغا العقد، وإن عكس صح العقد ولغا الشرط وإذا صالحه عن مائة مؤجلة بخمسين معجلة فالعقد باطل، وبالعكس صحيح، ويلغو الشرط فيلزمه بالصلح خمسون معجلة ولا يلزمه التأجيل؛ لأنه وعد والوعد لا يلزم، وكذا الحكم فى الجيد والردىء، والصحيح والمكسر.

وقوله: ولغا بلا خصومة، ومع إنكار، إلا ومع وكيل قال: أقر، فإن قال: هو مبطل وصالح له صح عن دين، لا عين، أو لنفسه، فكاشتراء مغصوب أو دين.

أى: ولغا الصلح من غير خصومة تتقدم عليه، فلو قال من أراد أن يشترى شيئا: صالحتك عنه بكذا لم ينعقد، ويلغو أيضا مع الإنكار، فإذا ادعى عليه دارًا فأنكر المدعى عليه ثم وكل من يصالحه عنها، لم يكن التوكيل إقرارًا على الأصح، فإذا قال الوكيل: هو مقر لك فصالحنى عنه فصالحه، صح الصلح لتصادق العاقدين.

وإن قال: وكلنى فى مصالحتك وهو منكر مبطل، فصالحنى عنه له نظرت: فإن كانت الخصومة فى عين لم تصح المصالحة، وإن كانت فى دين صحت على المذهب؛ لأن للإنسان أن يقضى دين غيره بغير إذنه، وليس له أن يشترى له عينا بغير إذنه.

= الإبراء، وكانت البراءة مطلقة من غير شرط إعطاء الباقى، كقول الدائن: على أن تعطينى كذا منه، ولم يمتنع المدعى عليه من إعطاء بعض حقه إلا بإسقاط بعضه الآخر. فإن تطوع المقر له بإسقاط بعض حقه بطيب نفسه جاز، غير أن ذلك ليس بصلح ولا من باب الصلح بسبيل. أما إذا وقع ذلك بلفظ الصلح فأشهر الروايتين عن الإمام أحمد: أنه لا يصح، وهى الرواية الأصح فى المذهب؛ وذلك لأنه صالح عن بعض ماله ببعضه، فكان هضما للحق. والثانية: وهى ظاهر «الموجز» «والتبصرة» أنه يصح.

(١) من معانى الإبراء فى اللغة: التنزيه والتخليص والمباعدة عن الشىء. قال ابن الأعرابى: برئ: تخلص وتنزه وتباعد، فالإبراء على هذا: جعل المدين - مثلا - بريئا من الدين أو الحق الذى عليه. والتبرئة: تصحيح البراءة، والمبارأة: المصالحة على الفراق. وأما فى الاصطلاح فهو إسقاط الشخص حقا له فى ذمة آخر أو قبله. فإذا لم يكن الحق فى ذمة شخص ولا تجاهه، كحق الشفعة، وحق السكنى الموصى به، فتركه لا يعتبر إبراء، بل هو إسقاط محض. وقد اختير لفظ (إسقاط) فى التعريف - بالرغم من أن فى الإبراء معنيين هما الإسقاط والتمليك - تغليبا لأحد المعنيين، ولأنه لا يخلو من وجه إسقاط.

وإن قال: هو منكر مبطل، فصالحنى لنفسى بكذا، فإن كان دينا، فهو كاشتراء الدين الذى على الغير، والأصح فيه عدم الصحة، وصحح النووى فى الروضة صحته إن تقابضا أحد العوضين فى المجلس، وإن كان عينًا فكاشتراء المغصوب، إن قال: أنا أقدر على انتزاعه، صح وإلا فلا[1].

---

(١) وذلك كما إذا ادعى شخص على آخر شيئا، فأنكره المدعى عليه، ثم صالح عنه. وقد اختلف الفقهاء فى جوازه على قولين: أحدهما لجمهور الفقهاء - من الحنفية والمالكية والحنابلة -: وهو جواز الصلح على الإنكار. بشرط أن يكون المدعى معتقدا أن ما ادعاه حق، والمدعى عليه يعتقد أن لا حق عليه. فيتصالحان قطعا للخصومة والنزاع. أما إذا كان أحدهما عالما بكذب نفسه، فالصلح باطل فى حقه، وما أخذه العالم بكذب نفسه حرام عليه؛ لأنه من أكل المال بالباطل. واستدلوا على ذلك: أ - بظاهر قوله تعالى: «والصلح خير». حيث وصف المولى عز وجل جنس الصلح بالخيرية ومعلوم أن الباطل لا يوصف بالخيرية، فكان كل صلح مشروعا بظاهر هذا النص إلا ما خص بدليل. ب - بعموم قوله صلى الله عليه وسلم: «الصلح جائز بين المسلمين». فيدخل ذلك فى عمومه. ج - وبأن الصلح إنما شرع للحاجة إلى قطع الخصومة والمنازعة، والحاجة إلى قطعها فى التحقيق عند الإنكار - إذ الإقرار مسالمة ومساعدة - فكان أولى بالجواز. قال ابن قدامة: وكذلك إذا حل مع اعتراف الغريم، فلأن يحل مع جحده وعجزه عن الوصول إلى حقه إلا بذلك أولى. د - ولأنه صالح بعد دعوى صحيحة، فيقضى بجوازه؛ لأن المدعى يأخذ عوضا عن حقه الثابت له فى اعتقاده، وهذا مشروع، والمدعى عليه يؤديه دفعا للشر وقطعا للخصومة عنه، وهذا مشروع أيضا، إذ المال وقاية الأنفس، ولم يرد الشرع بتحريم ذلك فى موضع. هـ - ولأن افتداء اليمين جائز؛ لما روى عن عثمان وابن مسعود: أنهما بذلا مالا فى دفع اليمين عنهما. فاليمين الثابتة للمدعى حق ثابت لسقوطه تأثير فى إسقاط المال، فجاز أن يؤخذ عنه المال على وجه الصلح، أصله القود فى دم العمد. والثانى للشافعية وابن أبى ليلى: وهو أن الصلح على الإنكار باطل. واستدلوا على ذلك: أ - بالقياس على ما لو أنكر الزوج الخلع، ثم تصالح مع زوجته على شىء، فلا يصح ذلك. ب - وبأن المدعى إن كان كاذبا فقد استحل مال المدعى عليه، وهو حرام، وإن كان صادقا فقد حرم على نفسه ماله الحلال؛ لأنه يستحق جميع ما يدعيه، فدخل فى قوله صلى الله عليه وسلم: «إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا». ج - وبأن المدعى اعتاض عما لا يملكه، فصار كمن باع مال غيره، والمدعى عليه عاوض على ملكه، فصار كمن ابتاع مال نفسه من وكيله. فالصلح على الإنكار يستلزم أن يملك المدعى ما لا يملك، وأن يملك المدعى عليه ما يملك، وذلك إن كان المدعى كاذبا. فإن كان صادقا انعكس الحال. د - ولأنه عقد معاوضة خلا عن العوض فى أحد جانبيه؛ فبطل كالصلح على حد القذف.

وقال ابن رشد فى (بداية المجتهد): وأما الصلح على الإنكار، فالمشهور فيه عن مالك وأصحابه: أنه يراعى فيه من الصحة ما يراعى فى البيوع. ثم قال: فالصلح الذى يقع فيه ما لا يجوز فى البيوع هو فى مذهب مالك على ثلاثة أقسام: صلح يفسخ باتفاق، وصلح يفسخ باختلاف، وصلح لا يفسخ باتفاق إن طال، وإن لم يطل ففيه اختلاف. وفرق الحنفية والحنابلة بين تكييفه فى حق المدعى وبينه فى حق المدعى عليه وقالوا: يكون الصلح على مال المصالح به معاوضة فى حق المدعى؛ لأنه يعتقده عوضا عن حقه؛ فيلزمه حكم اعتقاده، وعلى ذلك: فإن كان ما أخذه المدعى عوضا عن دعواه شقصا مشفوعا، فإنها تثبت فيه الشفعة لشريك =

وقوله فى الحاوى: وبالإنكار لا مع الأجنبى عنه، إن قال: أقر ووكلنى فى مصالحتك ولنفسه فى العين إن قال مبطل وقدر على الانتزاع، انتهى، فيه أمران:

أحدهما: قوله إن قال: وكلنى فى مصالحتك؛ كقوله: أقر، يصح به الصلح وإن لم يوكل، وليس كذلك، بل إذا كان كذابًا فى الوكالة فهو كالتصرف الفضولى، وإن كان صادقًا فى الوكالة، وقع الملك للموكل، وإن كذب بقوله هو مقر.

الثانى: أنه إذا قال: هو مبطل، مقتضاه أنه لا يصح الصلح عن الموكل، وذلك فى العين ظاهر، وأما فى الدين فالمذهب الصحة كما ذكره فى الروضة وكما بيناه.

وقوله: وحرم فى شارع غرس وبناء دكة، أو مضر بمار منتصبا، أو بمحمل بكنيسته بمتسع.

أى: اعلم أنه جرت العادة بذكر المشتركات والمزاحمة عليها فى هذا الباب وقد تكون شركتهما عامة، كالطرق، وخاصة كالجدران ونحوها، والطرق تنقسم إلى نافذة وغير نافذة، والنافذ كل الناس فى استحقاق المرور فيه سواء، وليس لأحد غرس شجرة فيه، ولا بناء دكة - وإن لم يضر بالمارة - وليس لأحد أن يبنى فيه جناحا، يضر بالمارة، وإن لم يضر بهم، جاز.

والفرق: أن الدكة والمغرس موضع المرور، وقد تزدحم المارة وتعسر المراقبة، ثم إن كان الطريق ضيقًا لا يمكن أن يمر فيه الدواب، اشترط أن يمر فيه الماشى منتصبا. وإن أمكن مرور الدواب، والجمال فيه لسعته، اشترط أن يمر تحته المحمل بكنيسته[1] والراكب منتصبا، ولا يشترط أن تمر الفرسان ناصبى رماحهم؛ لأن وضعها على الأكتاف غير عسر، ولكل أحد فتح باب إلى الشارع النافذ؛ لأن الطرق مباحة، غير مشتركة بمخصوصين، سواء كانت فى البلد أو فى الصحراء.

= المدعى عليه؛ لأنه أخذه عوضا، كما لو اشتراه. ويكون الصلح على الإنكار فى حق المدعى عليه خلاصا من اليمين وقطعا للمنازعة؛ لأن المدعى فى زعم المدعى عليه المنكر غير محق ومبطل فى دعواه، وأن إعطاءه العوض له ليس بمعاوضة بل للخلاص من اليمين، إذ لو لم يصالحه ويعط العوض لبقى النزاع ولزمه اليمين. وقد عبر الحنابلة عن هذا المعنى بقولهم: يكون صلح الإنكار إبراء فى حق المنكر؛ لأنه دفع إليه المال افتداء ليمينه ودفعا للضرر عنه لا عوضا عن حق يعتقده عليه. وبناء على ذلك: لو كان ما صالح به المنكر شقصا لم تثبت فيه الشفعة؛ لأن المدعى يعتقد أنه أخذ ماله أو بعضه مسترجعا له ممن هو عنده، فلم يكن معاوضة، بل هو كاسترجاع العين المغصوبة.

(١) الكنيسة: شبه هودج يغرز فى المحمل أو فى الرحل قضيبان ويلقى عليه ثوب يستظل به الراكب ويستتر به.

وقوله: وغير النافذ لكل إلى بابه، فلا يؤخره وثم غير وأحدث كوة، لا جناحًا بممرهم، ولا يزيد بابا ولو فى داره من أخرى، وإن سمره، ولا ينتفع بحاجز مشترك، إلا بإذن إلى الرجوع.

أى: وإذا كان الطريق غير نافذ، وهى السكة المنسدة الأسفل، فهى مشتركة بين أهلها، ملك كل منهم إلى بابه، فليس لأحد أن يؤخر بابه، ووراءه باب لأخر، إلا من بابه فى آخر السكة، فإن له تقديمه وتأخيره؛ إذ لا شريك له فيما وراء باب من يليه، وكذلك إشراع الجناح لا يجوز وثم من يشاركه فى الممر، ويجوز لكل منهم ومن غيرهم إحداث كوة[١] فى الجدار إلى السكة المنسدة للضوء لا للاستطراق؛ لأن له هدم جداره، وإنما منع من إحداث باب؛ لما فيه من الدلالة على ثبوت حق الاستطراق.

ويجوز لكل منهم أن يقدم بابه إلى جهة أعلى السكة؛ لأنه فى ملكه، ولا يجوز أن يزيد فيه بابا؛ لأنه زيادة انتفاع، فلو كان له داران متلاصقتان، وباب إحداهما فى سكة لا ينفذ والأخرى إلى الشارع ففتح بينهما بابا، منع على الأصح؛ لأنه يؤدى إلى إثبات حق لتلك الدار الأخرى فى السكة، فإن هدم الحائط بينهما وجعلهما دارا واحدة جاز، ولو أراد من منع من فتح الباب، من أهل السكة أو غيرهم فتح باب وسمره لم يكن له ذلك على الأصح، ولا ينتفع أحد من الشريكين فى الحاجز، وهو الجدار المشترك الذى بين ملكيهما، إذا كان الحاجز مشتركا وكذلك البيت المشترك إلا بإذن صاحبه فلا يجوز أن يبدأ فيه وتدا، ولا يفتح فيه كوة، ولا يضع عليه جذعا، إلا بإذن، ثم الإذن فى المسائل كلها غير ملزم، بل للآذن الرجوع متى شاء.

وقوله فى الحاوى: وإنما يشرع جناحا، إلى قوله: بالإذن إلى الرجوع، فيه أمور:

أحدها: أنه أطلق المنع من إشراع الجناح، وفتح الباب إلا بالإذن، والصحيح أن من بابه فى هذه السكة لا يمنع من إشراع الجناح وفتح الباب فيما بينه وبين الباب الذى يليه؛ لأنه مختص به فلا يشاركه فيه الثانى.

الثانى: أنه قطع بتجويز فتح باب من دار إلى دار أخرى بابها فى السكة، والصحيح الذى عليه جمهور العراقيين، ونقله القاضى أبو الطيب عن الأصحاب، كما نقله النووى فى الروضة: أنه لا يجوز.

الثالث: أنه جوز فتح لباب فى السكة لمن لا يستحق إذا سمره، والأصح كما نقله فى

---

(١) الكوة: الطاقة أو النافذة فى الحائط.

الروضة عن الجرجانى، والشاشى، وقال: إنه - أفقه أنه لايجوز.

وقوله: فإن خرب، لم يجبر المهمل، وللآخر إعادته، بخالصه كسفل له، عليه علو ومنعه تملكا وانتفاعا، لا سكنى.

أى: وإذا خرب الحاجز وهو الجدار المشترك الحاجز بين ملكين، لم يكن لأحدهما إجبار الآخر على عمارة نصيبه، فإن أراد أحدهما عمارته بالمشترك فللآخر منعه من نصيبه، وإن أراد عمارته من خالص ماله لم يكن لشريكه المنع، وكذلك إذا كان العلو لواحد والسفل للآخر، وامتنع صاحب السفل من إعادته، فلصاحب العلو أن يعيده بآلة نفسه ويعيد عليه علوه، ولصاحب البناء منع الآخر من الانتفاع بالبناء فلا يغرز فيه وتدا، ولا يفتح كوة ولا يصعد سطحا، ويمنعه من تمليك قدر حصته، فإذا بذل لمن بنى بدل ما صرفه لم يلزمه قبوله، ولو سأله الثانى عوض قسطه من البناء لم يلزمه أيضًا، فإذا لم تلزمه العمارة فكيف عوضها؟! ويمنع من الانتفاع بالبناء فلا يغرز فيه وتدًا، ولا يفتح كوة، ولا يصعد سطحا، ولصاحب السفل أن يسكن فى سفله؛ لأن العرصة له، ثم لصاحب البناء أن يهدمه متى شاء وليس للآخر منعه، وإن بذل القيمة لأنه ملكه، وإن كان بينهما بيت مشترك فانهدم لم يكن لأحد منهما أن يستقل بالبناء بخلاف الحاجز بين ملكيهما والعلو؛ لأنه لا يصل ببناء البيت إلى خالص ملكه بخلافهما، فإنه يأتى الحاجز ببنائه إلى الانتفاع بداره المكشوفة، وإن صاحب العلو يصل إلى علوه الخالص له.

وقوله فى الحاوى: ولا يلزم الشريك العمارة ولا تركها بآلته، ولا ترك الانتفاع، فيه أمور:

أحدها: قوله: ولا تركها بآلته، اعترض عليه صاحب التعليق، والبارزى، وقالا: هذا إذا كان الأس[1] خالصا لمن يريد البناء، وإلا فهو كالآلة المشتركة، ونقله القونوى، ولم ينكره، والحق أن لا اعتراض لهم عليه، فإنهم قد نصوا على أن لصاحب العلو أن يبنى عن السفل بآلته عند امتناع صاحبه، وإن لم يكن شريكا ليصل إلى حقه، فالجواز لأجل ذلك، وفى المشترك أولى.

الثانى: قوله: ولا ترك الانتفاع، قال القونوى: إن أراد أن المعيد لا يمنع من الانتفاع فهو على إطلاقه، قال: لأنه واضح لا يحتاج إلى بيان، وإن أراد أن الآخر لا يمنع من الانتفاع فليس على إطلاقه؛ لأن له منعه من غرز وتد، وفتح كوة، نعم لصاحب السفل أن يسكن فى سفله؛ لأن العرصة له.

---

(١) الأس: أصل البناء.

الثالث: قوله: وينتفع بجدار مشترك، أطلق الجدار، فدخل فيه الحاجز بين ملكيهما وجدار الدار المشتركة، ثم قال: ولا يلزم الشريك العمارة، وهذا عام للحاجز وغيره، ثم قال: ولا تركها بآلة، وهذا خاص بالحاجز بين الملكين، وبالسفل إذا بناه صاحب العلو، والجدار هو عبارة غيره، لكنه يفهم من تعليمه اختصاصه بالحاجز بقولهم: ليصل إلى حقه، وهو فى جدار البيت، لا يصل بالبناء إلى حقه؛ لأن لكل منهما منع الآخر من دخوله.

وقوله: فإن أقر شريك وصالح، شفع منكر خصص.

أى: إذا ادعى رجل على اثنين دارا فى يديهما وأقر له واحد وأنكر الآخر وحلف، ثم إن المقر صالحه عن نصيبه على مال، نظرت: فإن أنكر المنكر كون المدعى مالكا نصيب كل منهما، فليس له أن يشفع لاعترافه ببطلان الصلح، وإن خصص بالإنكار نصيبه فإن له أن يشفع فى نصيب الآخر والمقر؛ لأن الصلح بيع، وقد أطلق فى الحاوى: أن له الشفعة، ولابد من هذا التفصيل، قلت: وقد اعترض الإسنوى فى المهمات على الرافعى بما ذكره فى النكاح فيما إذا ادعى أحد الشريكين كل الدار، والآخر أنها بينهما وصدق المدعى عليه بيمينه، ثم باع مدعى الكل نصيبه من ثالث، لم يكن للشريك بيمينه أن يشفع حتى يثبت ملكه، وقال: لا فرق بين المسألتين، يعنى لأن المنكر فى المسألتين، إنما صدق بيمينه للدفع عن نفسه لا لإثبات حق على غيره، قلت: لكن الفرق بين المسألتين ظاهر؛ وذلك أنه فى مسألة الصلح، إنما يثبت لبائعه الملك بإقراره، ولما اشتراه تعلق حق الشريك بالشفعة، فلا يصلح أن يكون إقراره المثبت الحق عليه لبائعه مثبتا حقا له فى دفع الشفعة، وإنما ستوى المعنيان، لو باعه من غير المقر، والله سبحانه أعلم.

وقوله: واليد فى جدار وسقف بين ملكيهما لهما، أو لمختص بتداخل لبن لا بجذع ونحو وجه.

أى: وإذا تداعيا جدارا بين ملكيهما لهما، أو سقفا بين صاحب العلو وصاحب السفل، فله حالان:

أحدهما: ألا يكون متصلا ببناء واحد منهما أو متصلا ببناء كل منهما، اتصال تداخل وترصيف، وكان السقف يمكن إحداثه، فاليد فى الجدار والسقف لهما.

الثانى: أن يكون الجدار متصلًا بجدار أحدهما اتصال تداخل، فهو لصاحبه، وكذا السقف بأن كان أزجا[1] لا يمكن عقده بعد امتداد البناء، فهو لصاحب السفل، ولا اعتبار

(١) الأزج: بيت يبنى طولًا.

بالجذوع. فإن كان الجدار بين الملكين ولم يكن فيه ترصيف وتداخل ولكن كان عليه جذوع لأحدهما، لم يكن دليلا على الملك؛ لأن بعض العلماء يوجب للجار وضع الجذوع ولا اعتبار بالوجه، وذلك يكون فى الحوض الذى يكون فيه معاقد القمط، لا بالطاقات والكتابات والنقش ونحوه.

وقوله: وفى دابة لراكب، لا قائد، وأس لرب جدار، وفى عرصة خان لرب سفل وإلى المرقى مشترك.

أى: وإذا تنازع اثنان فى دابة وأحدهما راكب والآخر قائد، فاليد للراكب؛ لأن استيلاءه عليها أكثر، وإذا تنازع صاحب الجدار وصاحب الأرض فى أساس الجدار، فهو لصاحب الجدار ولا يقال: هلا كان الجدار كالجذوع؟ والفرق أن من العلماء من أوجب وضع الجذوع على جدار الجار، فلعله قضى بذلك والجدار لم يوجب وضعه أحد فى ملك الغير، وإذا تنازع اثنان فى عرصة خان، سفله لأحدهما، وعلوه للآخر، فالعرصة لصاحب السفل، ومن المدخل إلى المرقى مشترك بينهما، سواء كان فى الدهليز، أو فى وسط العرصة، فيحمل قوله فى الحاوى: والسفل حيث فى الدهليز المرقى على ذلك، وإن أفهم غيره.



الحوالة[1]

وقوله: باب: صحة حوالة، بإيجاب محيل بدين على دين، يعتاض عنهما، لا على نجم كتابة، وقبول محتال.

أى: إنما تصح الحوالة بالإيجاب والقبول[2] من المحيل والمحتال، ولا حاجة إلى رضا

---

(١) الحوالة فى اللغة: من حال الشيء حولا وحئولا: تحول. وتحول من مكانه انتقل عنه وحولته تحويلا نقلته من موضع إلى موضع. والحوالة بالفتح مأخوذة من هذا، فإذا أحلت شخصا بدينك فقد نقلته إلى ذمة غير ذمتك.

والحوالة فى الاصطلاح: نقل الدين من ذمة إلى ذمة. فمتى تم الإيجاب والقبول تحميلا وتحملا لأداء الدين من المحتمل إلى الدائن، بين اثنين من الثلاثة الأطراف المعنية، الدائن والمدين والملتزم بالأداء، مع الاستيفاء لسائر الشرائط التى ستأتى، فقد تم هذا النقل من الوجهة الشرعية. مثال ذلك أن يقول للدائن قائل: لك على فلان دين مقداره كذا فاقبل حوالته على، فيقول الدائن: قبلت أو يبتدئ الدائن فيقول لصاحبه: لى على فلان كذا، فاقبل دينه عليك حوالة، فيجيب: قد فعلت، بعد هذا التعريف يتبين ما يلى: أ - أن المحيل هو المدين، وقد يكون دائنا أيضا باعتبار آخر، وهو طرف فى العقد إذا باشره بنفسه أو أجازه. ب - وأما المحال، فهو الدائن، وهو أبدا طرف فى العقد، إما بمباشرته، وإما بإجازته. ويقال له أيضا: حويل، ومحتال (بصيغة اسم الفاعل). ولا يقال: محال له، أو محتال له؛ لأن هذه الصلة لغو - كما قال فى المغرب - وإن أثبتها البعض، وتكلف ابن عابدين تصحيحها. ج - وأما المحال عليه (ويقال له أيضا: حويل، بزنة «كفيل»، ومحتال عليه) فهو الذى التزم لأحد الآخرين بديته على ثانيهما، وهو أيضا أبدا طرف فى العقد، على نحو ما ذكر فى المحال. د - وأما المحال به، (ويقال: المحتال به) فهو الدين نفسه الذى للمحتال على المحيل، وهو هنا محل عقد الحوالة.

(٢) المراد بالإيجاب عند الجمهور: كل ما يدل على النقل والتحويل كأحلتك، وأتبعتك، وبالقبول: كل ما يدل على الرضا بهذا النقل والتحويل، نحو رضيت، وقبلت، وفعلت. ومن القبول: أحلنى، أو لتحلنى (فاللام للأمر)، على الأصح من خلاف فقهى عام، لدلالته على الرضا، ويغنى عن إعادته مرة أخرى بعد الإيجاب. والإيجاب عند الحنفية: هو قول الطرف البادئ بالعقد، والقبول هو القول المتمم له من الطرف الآخر بأية ألفاظ تدل على معنى الحوالة. ويقوم مقام الألفاظ كل ما يدل دلالتها، كالكتابة، وإشارة الأخرس المفهمة، ولو كان الأخرس قادرا على الكتابة فيما اعتمدوه. فالإيجاب أن يقول كل واحد منهما: قبلت، أو رضيت، أو نحو ذلك مما يدل على الرضا. ويكفى عند الحنفية أن يجرى الإيجاب والقبول بين اثنين فحسب أيا كانا من الأطراف الثلاثة لتنعقد الحوالة، لكنها عندئذ قد تنعقد ناجزة أو موقوفة على رضا الثالث بحسب كون الثالث أى الثلاثة هو: أ - فإن جرى الإيجاب والقبول بين المحال والمحال عليه وكان الثالث هو المحيل، انعقدت الحوالة ناجزة دون توقف على إجازته، بناء على رواية الزيادات وهى الصحيحة، وخلافا لرواية القدورى التى اشترطت رضاه، ولو خارج مجلس العقد. ب - وإن كان الثالث هو المحال عليه انعقدت موقوفة على إجازته ولو خارج مجلس العقد. ج - وإن كان الثالث هو المحال، انعقدت موقوفة أيضا على إجازته ولو خارج مجلس العقد، أخذا بمذهب أبى يوسف الذى اعتمدته المجلة (م ٦٨٣) تيسيرا على الناس فى معاملاتهم، وإن شرط أبو حنيفة ومحمد قبوله فى مجلس العقد، واعتبره شيوخ الحنفية المصحح فى المذهب.

المحال عليه[١]، وبأن يكون الدين المحال به والمحال عليه مما يجوز الاعتياض[٢] عنه، فتجوز الحوالة بالثمن وعليه - وإن كان فى مدة الخيار - حيث يجوز الاعتياض عنه، فإنه وإن كان غير لازم، فإن أصله اللزوم، وتجوز الحوالة بثمن المبيع قبل القبض وعليه؛ لأنه يجوز الاعتياض عنه كالأجرة والصداق وبدل الخلع، وكالقرض والإتلاف ونحوها، وأما المسلم فيه فلا تجوز الحوالة به ولا عليه، وإن كان دينًا لازمًا؛ لأنه لا يجوز الاعتياض عنه، وكذلك مال الجعالة قبل تمام العمل؛ فلا يجوز الاعتياض عنه قبل لزومه، وإنما يلزم بتمام العمل، وأما مال الكتابة فلا يجوز للسيد أن يحيل عليه؛ لأنه غير لازم لمن عليه وقد استثنى، وأما المكاتب فيجوز له أن يحيل به السيد على من له عليه دين؛ لأنه لازم لهما لا يجوز أن يعتاض عنه من غيره.

وقوله فى الحاوى: شرط الحوالة رضا المحيل والمحتال وثبوت دين لازم وأصله اللزوم على المحال عليه، فيه أمور:

أحدها: أنه لم يذكر الإيجاب والقبول فى الحوالة، وذكر رضا المحيل والمحتال،

---

(١) ذهب الفقهاء إلى أنه لا بد لوجود الحوالة من الصيغة. ٢ - المحيل. ٣ - المحال. ٤ - المحال عليه. ٥ - المحال به (دين المحال على المحيل). كما ذهب جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) إلى أنه لا بد لوجود الحوالة من وجود دين للمحيل على المحال عليه فى الجملة. ولم يعتبر الحنفية لوجود الحوالة وجود هذا الدين. ولكن الفقهاء اختلفوا فى اعتبار ما سبق أركانا فذهب الجمهور إلى اعتبارها كلها أركانا. وذهب الحنفية إلى اعتبار الصيغة وحدها ركنا، أما المحيل والمحال والمحال عليه فهم أطراف الحوالة. والمحال به هو محلها

(٢) الاعتياض لغة: أخذ العوض، والاستعاضة: طلب العوض. ولا يخرج الاستعمال الفقهى عن ذلك، وقد يطلق الفقهاء الاستعاضة على أخذ العوض.

والاعتياض نوع من التصرفات المشروعة على سبيل الجواز فى الجملة إذا كان صادرا ممن هو أهل للتصرف فيما يجوز له التصرف فيه، إلا فيما يخالف الشرع، أو ما يتعلق به حق الغير. ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، وقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٩] وقوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣]، وقول النبى صلى الله عليه وسلم: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما». والحكمة تقتضى ذلك للتعاون، ولتعلق حاجة الإنسان بما فى يد صاحبه ولا يبذله له بغير عوض، ومراعاة حاجة الناس أصل فى شرع العقود. وقد تعرض له الأحكام التكليفية، فيكون واجبا كما إذا أخرج الولى أو الوصى أو الناظر شيئا مما بيدهم، فيجب عليهم الاعتياض عنه، لمنعهم من التبرع. وقد يكون مندوبا كالاستجابة لحالف عليه فيما لا ضرر فيه؛ لأن إبرار القسم مندوب. وقد يكون حراما كأخذ ثمن الخمر، والخنزير، ومهر البغى، وحلوان الكاهن، وكأخذ الأجرة على المعاصى. وهكذا كل معاوضة خالفت أمر الشارع. وكأخذ بدل الخلع إن عضلها الزوج، أى ضايقها بدون سبب من جهتها لتختلع منه.

ورضاهما من لازم الإيجاب والقبول، وليس الإيجاب والقبول من لازمهما.

الثانى: قوله: وثبوت دين لازم، مقتضاه صحتها على دين السلم؛ لأنه لازم، والصحيح أنه لاتجوز الحوالة به ولا عليه؛ لأنه لايجوز الاعتياض عنه.

الثالث: أنه لم يقيد الدين المحال به باللازم، فأوهم أنه يجوز بكل دين، وليس كذلك، فإن دين الجعالة قبل اللزوم لا تجوز الحوالة به، وإنما أغفله المصنف؛ لأنه وجد دين الكتابة غير لازم، وقد جوزوا له أن يحيل به السيد، فلم يطرد له الدين اللازم فيه، والتقييد باللازم منقوض فى الحالتين، فلو وصفه بكونه مما يعتاض عنه لاطرد.

الرابع: أن قوله: وأصله اللزوم: يوهم جواز الحوالة بالثمن فى مدة الخيار مطلقا، وليس على إطلاقه، بل ذكر كما ذكره فى التتمة وغيرها حيث يجوز الاعتياض عن الثمن، وإذا أحال المشترى البائع بالثمن على أجنبى فى مدة الخيار، صحت الحوالة على الصحيح مطلقا؛ لأن البائع باع من المشترى الثمن الذى له فى ذمته بالدين الذى للمشترى فى ذمة الأجنبى، والمشترى باع الدين الذى له فى ذمة الأجنبى بالثمن الذى للبائع فى ذمته، فهو كما لو باع المشترى المبيع من البائع فى مدة الخيار؛ لأن الحق لا يعدوهما، ولأن تراضيهما على الحوالة اختيار لإمضاء العقد، وأما إذا أحال البائع الأجنبى على المشترى فى مدة الخيار فإن كان الخيار للبائع وحده فحوالته عليه تقع إجازة وبيعًا على الأصح؛ لأنه لا حق للمشترى فى الخيار، وإن كان الخيار لهما أو للمشترى لم يصح، نعم إذا أذن له المشترى صح على الأصح، كما إذا أذن البائع للمشترى فى بيع المبيع من غيره، وهذا مقتضى ما أشار إليه صاحب التتمة، فإنه قال: إذا قلنا: إن الحوالة معاوضة فقد ذكرنا حكم التصرف فى زمن الخيار حكم الثمن وحكم المبيع. انتهى.

قلت: وهذا حكم البيع فى زمن الخيار فى العزيز والروضة، لكنهما حكما بأن المبيع إجازة على الأصح، وهنا فى الحوالة ذكرا خلافا فى كونها إجازة، ونقلا عن الإمام والغزالى: أنها لا تكون إجازة، بل لو اتفق فسخ المبيع انقطعت الحوالة، وهو مباين لما سبق فى البيع، إلا أن يكون الإمام فرع على أنها استيفاء.

وقوله: وبتساو فى الدينين، علماه، قدرًا وصفة، كحلول وصحة.

أى: إنما تصح الحوالة، إذا استوى قدر المالين، بأن يحيل لك مثلا بعشرة على عشرة، لا بأكثر ولا بأقل. وهذا معنى قوله: بتساو فى الدينين قدرًا، ويشترط أن يتساويا جنسًا وصفة، فلا يحيل بذهب على فضة، ولا بذرة على حنطة، ولا يحيل مكسرًا على صحيح ولا عكسه، ولا بحال على مؤجل ولا عكسه، ولا جيد على ردىء ولا عكسه، وقد

اقتصرنا فى الأصل على ذكر الصفة؛ لأنها تستلزم اتحاد الجنس، ويشترط أن يعلما استواءهما لأنها معاوضة، فلابد أن يعلما قدر العوضين، فإن قيل: إذا كانت معاوضة فلم اشترطتم فيها استواء القدر فى غير الربوى؟ قلنا: لأن الحوالة عقد إرفاق أجيز للحاجة، فاشترط فيه التساوى كالقرض.

وقوله: فتصح بنجم كتابة.

أى: وإذا أحال المكاتب للسيد بنجم الكتابة[1] صح؛ لأنه حق يجوز للسيد الاعتياض عنه من المكاتب فجازت حوالته له به كسائر الديون، ولو أراد السيد أن يحيل أجنبيًّا على المكاتب لم يجز؛ لأنه لايجوز أن يبيع دين المكاتب على أجنبى، فكذلك الحوالة به.

وقوله: وبتحول الحق على المحال عليه، فلا يرد بفلس وإن قارن، ولا بجحد.

أى: وإذا شُرِطَتْ الحوالة بشروطها برئت ذمة المحيل وصار الحق فى ذمة المحال عليه، فلا يعود بفلس المحال عليه، سواء كان الفلس حادثا أو مقارنا، وسواء شرط الملاءة أم لا، وكذلك لا يعود إذا جحده المحال عليه؛ لأن براءة الذمة قد حصلت لصحة الحوالة المشروطة فيها علم المحتال بالدين فهو المقصر.

وقوله: وبطلت برد المبيع، ولو بإقالة، إن أحال مشتر لا بائع، ولغت إن استحق وإلا حلف محتال جحد.

أى: وإذا اشترى عبدًا مثلا وأحال المشترى للبائع بثمنه على أجنبى ثم انفسخ البيع ورد المبيع، إما بخيار أو عيب أو تحالف، أو إقالة، فإنه تنفسخ حوالة المشترى للبائع بالثمن على المذهب، وإن كان البائع هو المحيل على المشترى، لم تنفسخ الحوالة بذلك على المذهب؛ لتعلق حق الثالث بها فيطالبه الثالث. فإذا سلم رجع المشترى على البائع، وإن بان العبد المبيع مستحقًّا أو حرًّا، كأن أثبت بأن لا حوالة، وأن الدين ملك للمحيل، وزكاته عليه، فإن ادعى العبد الحرية، وصدقه المحيل، والمحال عليه، وأنكر المحتال - فالقول قوله بيمينه.

وقوله فى الحاوى: وينفسخ بثبوت حرية المبيع، مقتضاه أنه انعقدت ثم تنفسخ، وليس كذلك؛ لأنه بان أن لا عقد، بخلاف ما إذا رد المبيع، فإنه إنما يبطلها ما حدث من الرد.

* * *

(١) سيأتى بيان نجم الكتابة وما فيها فى كتاب العتق.

الضمان(١)

وقوله: باب: صح من أهل تبرع ضمان، ولو عن ميت مفلس، وضامن، وبشرط تأجيل وحلول، ولا يحل.

أى: يصح الضمان؛ لقوله: ﷺ: «العارية مؤداة، والدين مقضى، والزعيم غارم»(٢)،

(١) يطلق الضمان فى اللغة على معان: أ - منها الالتزام، تقول: ضمنت المال، إذا التزمته، ويتعدى بالتضعيف، فتقول: ضمنته المال، إذا ألزمته إياه. ب - ومنها: الكفالة، تقول: ضمنته الشىء ضمانا، فهو ضامن وضمين، إذا كفله. ج - ومنها التغريم، تقول: ضمنته الشىء تضمينا، إذا غرمته، فالتزمه أما فى اصطلاح الفقهاء فيطلق على المعانى التالية: أ - يطلق على كفالة النفس وكفالة المال عند جمهور الفقهاء من غير الحنفية، وعنونوا للكفالة بالضمان. ب - ويطلق على غرامة المتلفات والغصوب والتعييبات والتغييرات الطارئة. ج - كما يطلق على ضمان المال، والتزامه بعقد وبغير عقد. د - كما يطلق على وضع اليد على المال، بغير حق أو بحق على العموم. هـ - كما يطلق على ما يجب بإلزام الشارع، بسبب الاعتداءات: كالديات ضمانا للأنفس، والأروش ضمانا لما دونها، وكضمان قيمة صيد الحرم، وكفارة اليمين، وكفارة الظهار، وكفارة الإفطار عمدا فى رمضان. وقد وضعت له تعاريف شتى، تتناول هذه الإطلاقات فى الجملة، أو تتناول بعضها، منها: أ - أنه (عبارة عن رد مثل الهالك، إن كان مثليا، أو قيمته إن كان قيميا). ب - وأنه (عبارة عن غرامة التالف). ج - وبالمعنى الشامل للكفالة - كما يقول القليوبى -: إنه التزام دين أو إحضار عين أو بدن. د - وفى مجلة الأحكام العدلية أنه إعطاء مثل الشىء إن كان من المثليات وقيمته إن كان من القيميات. هـ - وعند المالكية: (شغل ذمة أخرى بالحق)

وقد شرع الضمان، حفظا للحقوق، ورعاية للعهود، وجبرا للأضرار، وزجرا للجناة، وحدا للاعتداء، فى نصوص كثيرة من القرآن الكريم، والسنة النبوية، وذلك فيما يلى: أ - فيما يتصل بمعنى الكفالة، بقوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يوسف: ٧٢] أى كفيل ضامن، فقد ضمن يوسف عليه السلام لمن جاء بصواع الملك - وهو إناؤه الذى كان يشرب به - قدر ما يحمله البعير من الطعام. ب - وفيما يتصل بالإتلافات المالية ونحوها، بحديث: أنس رضى الله تعالى عنه قال: «أهدت بعض أزواج النبى صلى الله عليه وسلم إلى النبى صلى الله عليه وسلم طعاما فى قصعة، فضربت عائشة القصعة بيدها فألقت ما فيها، فقال النبى صلى الله عليه وسلم: طعام بطعام، وإناء بإناء». ج - وفيما يتصل بضمان وضع اليد: حديث سمرة بن جندب رضى الله تعالى عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» أى ضمانه. د - وفيما يتصل بالجنايات - بوجه عام ونحوها قوله تعالى: ﴿وَإِنۡ عَاقَبۡتُمۡ فَعَاقِبُواْ بِمِثۡلِ مَا عُوقِبۡتُم بِهِۦ﴾ [النحل: ١٢٦]. هـ - وفيما يتصل بجنايات البهائم: حديث «البراء بن عازب أنه كانت له ناقة ضارية فدخلت حائطا فأفسدت فيه، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن حفظ الحوائط بالنهار على أهلها، وأن حفظ الماشية بالليل على أهلها، وأن ما أصابت الماشية بالليل فهو على أهلها». وحديث النعمان بن بشير، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من أوقف دابة فى سبيل من سبل المسلمين، أو فى سوق من أسواقهم، فأوطأت بيد أو رجل فهو ضامن». وقد أجمع الفقهاء على أن الدماء والأموال مصونة فى الشرع، وأن الأصل فيها الحظر، وأنه لا يحل دم المسلم ولا يحل ماله إلا بحق.

(٢) أخرجه أحمد (٥/٢٦٧) وأبو داود (٣٥٦٥، ٢٨٧٠) والترمذى (١٢٦٥) وابن ماجه (٢٣٩٨).

ولا يصح الضمان إلا من ضمان من يصح تبرعه، فلا يصح ضمان صبى ولا مجنون ونحوه، ولا محجور عليه لسفه، ولا معتوه وإن أذن له، وضمان المفلس كاشترائه فى الذمة، ويصح الضمان عن الميت مطلقا، وإن مات مفلسا؛ لأن ميتا كان عليه درهمان، فامتنع النبى ﷺ من الصلاة عليه، فقال على -رضى الله تعالى عنه-: أنا ضامنٌ لهما، فصلى عليه النبى ﷺ[١]، وإنما لم يصل عليه؛ لأن صلاته موجبة للمغفرة، وكان هذا فى أول الإسلام، قبل اتساع الأموال، فلما حصلت الفتوح قال ﷺ «أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، من خلف مالًا فلورثته، ومن خلف كلًّا أو دينًا، فكله إلىَّ ودينه علىَّ»، فقيل: وعلى كل إمام بعدك؟ فقال: «وعلى كل إمام بعدى»[٢] .

وفهم من صحة الضمان عن الميت، أنه لا يشترط إذن المضمون عنه؛ لأن قضاء دين الغير بغير إذنه جائز. وكذا لا يشترط معرفته، ويصح الضمان عن الضامن والضامن به، وهلم جرا.

وإن ضمن الحال مؤجلا، أو زاد فى الأجل صح، واتبع الشرط، وإن ضمن المؤجل حالا، صح ولغا الشرط.

وقوله: بدين ثابت، لا نفقة غد، لازم ولو فى أصله، معلوم أو إبل دية.

أى: يصح ضمان الدين قطعًا، وأما غيره فسيأتى الكلام عليه، ويشترط أن يكون ثابتا، فلا يصح ضمان ما سيثبت بإقراض ونحوه، ولا يصح ضمان نفقة الغد، وشهر مستقبل على قولنا: تجب النفقة بالتمكين، وهو الأظهر؛ لأنها لم تجب بعد، وأما ضمان نفقة اليوم فتصح؛ لأنها تجب بطلوع الفجر كالمدة الماضية.

ويشترط أن يكون الدين المضمون به لازما، ولا يشترط استقراره، بل يصح ضمان الصداق قبل الدخول للزومه، وأما غير اللازم: فإن كان أصله الجواز كالكتابة والجعالة قبل الفراغ ولو بعد الشروع، لم يصح ضمانه، ويلحق بذلك ديون السيد على المكاتب، فإن كان أصله اللزوم، كالثمن فى مدة الخيار، صح ضمانه.

ويشترط أن يكون معلومًا، فلا يصح ضمان المجهول.

ويصح ضمان إبل الدية وإن جهل وصفها؛ لأنها معلومة العدد والسن، وقد صير الشرع الرجوع إلى غالب إبل البلد فى حقها قائمًا مقام الوصف، فألحقت بالمعلوم، ويصح ضمانها عن العاقلة قبل الحلول.

---

(١) أخرجه الدارقطنى (٣/ ٤٦ - ٤٧) والبيهقى (٦/ ٧٣) عن على بن أبى طالب، وأخرجه البيهقى (٦/ ٧٣) من حديث أبى سعيد الخدرى.

(٢) تقدم.

وقوله: عرف ربه.

أى: يشترط أن يعرف الضامن المضمون له، فإنه رب الدين؛ لأن الناس تختلف فى المساهلة وغيرها، فالضمان قبل المعرفة بالشخص دخول على غرر، لا حاجة إليه، فلم يصح.

وقوله: كالإبراء، فمن واحد إلى عشرة تسعة كالإقرار.

أى: يشترط أن يكون الدين الذى يبرئ منه معلومًا، كما يشترط أن يكون الدين الذى يبرئ عنه معلومًا، فإن ضمن عنه أو أبرأه عن مجهول لم يصح، فإن جهل قدره، وعلم أنه لا يبلغ العشرة، فقال: ضمنت لك أو أبرأتك من واحد إلى عشرة برئ من تسعة ودخل الأول؛ لأنه ابتداء منه، ويخرج العاشر؛ لأن إبراءه ينتهى إليه، وكذلك فى الإقرار، فإذا قال: على من واحد إلى عشرة، لزمه تسعة، ويصح الإبراء عن إبل الدية، ويشترط أن يعرف من يبرئه؛ لأنه تمليك، فلو قال: أبرأت أحدكما لم يصح، هذا ما اقتضاه كلامه فى الروضة، أنه تمليك، ومقتضى كلامه فى الوكالة أنه إسقاط، وقال فى الروضة: إنه من زياداته، المختار أنه لا يطلق ترجيح واحد من القولين، وإنما يختلف الراجح بحسب المسائل؛ لظهور دليل أحد الطريقين.

وقوله: وضمان درك، ودرك رداءة، ونقص صنجة، وعيب وفساد بعد قبض ثمن ومطلقه لما استحق.

أى: ويصح ضمان الدرك[١]، وهو أن يشترى سلعة ويخشى أن تخرج مستحقة، فيذهب عليه الثمن، فيتدارك به رجل بالثمن إن خرج المبيع مستحقًا، وجوز ذلك للحاجة وإن كان حالة الضمان يجهل وجوب ما يضمن به. وكذلك درك الرداءة ونقص الصنجة على الأصح، سواء كان ذلك فى المبيع أو فى الثمن؛ لأن الحاجة تدعو إليه، وكذلك درك العيب والفساد، فإن خشى كونه معيبًا، أو كون العقد فاسدًا بسبب غير الاستحقاق كفقد

(١) الدرك: بفتحتين، وسكون الراء لغة، اسم من أدركت الرجل أى لحقته، وقد جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم «أنه كان يتعوذ من جهد البلاء ودرك الشقاء» أى من لحاق الشقاء. قال الجوهرى: الدرك التبعة، قال أبو سعيد المتولى: سمى ضمان الدرك لالتزامه الغرامة عند إدراك المستحق عين ماله ويستعمل الفقهاء كذلك هذا اللفظ بمعنى التبعة أى المطالبة والمؤاخذة. فقد عرف الحنفية ضمان الدرك: بأنه التزام تسليم الثمن عند استحقاق المبيع. وعرفه الشافعية بأنه: هو أن يضمن شخص لأحد العاقدين ما بذله للآخر إن خرج مقابله مستحقا أو معيبا أو ناقصا لنقص الصنجة، سواء أكان الثمن معينا أم فى الذمة. ولا يخرج تعريف الفقهاء الآخرين لضمان الدرك عما قاله الحنفية والشافعية فى تعريفه. ويعبر عنه الحنابلة بضمان العهدة، كما يعبر عنه الحنفية فى الغالب بالكفالة بالدرك.

شرط ونحوه، فإنه يصح فى هذا كله، على الأصح، فلو أطلق وقال: ضمنت لك درك هذا المبيع، فالأصح أنه يختص بما إذا خرج مستحقا، ولابد من التصريح فيما سوى ذلك.

ويشترط لصحة ضمان الدرك وما بعده أن يكون بعد قبض الثمن إن كان المتدارك به هو الثمن، وبعد قبض المبيع، إذا كان المتدارك به هو المبيع، ولا يصح الضمان به قبل ثبوته.

وقوله فى الحاوى: بحق ثابت عرف من له كالدرك بعد قبض الثمن والرداءة والعيب والفساد ونقصان الصنجة، ويشملها ضمان الدرك[1]، فيه أمور:

أحدها: قوله: بحق ثابت، والحق يشمل الدين والعين، وضمان العين ملحق بباب الكفالة، لا يضمن إن تلفت على الأصح، بخلاف ضمان الدين.

الثانى: قوله: كالدرك، قال القونوى: أى صح الضمان بحق ثابت كما صح الدرك، وإن لم يكن بحق ثابت، انتهى.

وليس كذلك فإن الدرك ضمان بحق ثابت؛ لأنه إذا خرج المبيع مستحقا، بان العقد باطلا، فالثمن حق ثابت للمضمون له من حين ضمن، وإنما جهل كونه حقًّا ثابتًا عند الضمان، والجهل به لا يخرجه عن كونه حقًّا ثابتًا، ألا تراه لا يصح ضمانه قبل قبض الثمن، وإنما عدل صاحب الحاوى إلى قوله: حق ثابت؛ ليشمل ضمان الدرك؛ لأنه إذا استحق المبيع فالثمن عين المشترى لا دين، فيشمله قوله: حق ثابت، وكذلك ضمان العيب والرداءة؛ لأن المضمون له مستحق لسلطة الرد من حين الضمان، والرد يترتب عليه استحقاق الثمن فيصح ضمان عهدته، ألا ترى لو ضمن درك العيب والمبيع سليم، ثم

---

(١) من ألفاظ هذا الضمان عند جمهور الفقهاء أن يقول الضامن: ضمنت عهدته أو ثمنه أو دركه، أو يقول للمشترى: ضمنت خلاصك منه. قال ابن قدامة: إن العهدة صارت فى العرف عبارة عن الدرك وضمان الثمن، والكلام المطلق يحمل على الأسماء العرفية دون اللغوية. ويرى الحنفية أن ضمان العهدة باطل لاشتباه المراد بها، لإطلاقها على الصك وعلى العقد، وعلى حقوقه وعلى الدرك، فبطل للجهالة، بخلاف ضمان الدرك، قال ابن نجيم: ولا يقال: ينبغى أن يصرف إلى ما يجوز الضمان به وهو الدرك تصحيحا لتصرف الضامن لأنا نقول: فراغ الذمة أصل فلا يثبت الشغل بالشك والاحتمال. كما أن ضمان الخلاص باطل عند أبى حنيفة؛ لأنه يفسره بتخليص المبيع لا محالة ولا قدرة للضامن عليه؛ لأن المستحق لا يمكنه منه، ولو ضمن تخليص المبيع أو رد الثمن جاز، لإمكان الوفاء به وهو تسليمه إن أجاز المستحق، أو رده إن لم يجز، فالخلاف راجع إلى التفسير. ويرى الجمهور ومنهم أبو يوسف ومحمد أن ضمان الخلاص بمنزلة ضمان الدرك، وفسروا ضمان الخلاص بتخليص المبيع إن قدر عليه ورد الثمن إن لم يقدر عليه وهو ضمان الدرك فى المعنى، فالخلاف لفظى فقط. أما ضمان خلاص المبيع بمعنى أن يشترط المشترى أن المبيع إن استحق من يده يخلصه ويسلمه بأى طريق يقدر عليه فهذا باطل؛ لأنه شرط لا يقدر على الوفاء به إذ المستحق ربما لا يساعده عليه.

حدث قبل القبض لم يلزم الضامن عهدته، وإن لزمت البائع؛ لأنه لم يكن حقًّا ثابتًا عند الضمان.

الثالث: أنه قدم قوله: بعد قبض الثمن، على قوله: الرداءة والعيب والفساد ونقص الصنجة، فأوهم أنه لا يشترط أن يجرى فى هذه بعد قبض الثمن، ولا فرق فى ذلك كله؛ لأن العهدة متعلقة بالثمن فى جميع الصور.

الرابع: قوله: ويشملها ضمان الدرك، قال ابن النحوى: هذا وجه مرجوح، فإن الرافعى قال فى الشرح الصغير: والأقرب عدم اندراج هذه الصور فى ضمان الدرك، ولم يرجح شيئًا فى الكبير، قلت: ومقتضى كلام أكثرهم اشتراط التصريح بها.

وقوله: وكفالة ببدن، من الآدمى حضوره، ولو ميتًا، ولا ينبش، وكفيلا، ومنكرا، لا مكاتبًا لنجم.

أى: وصحت الكفالة[1] ببدن من يستحق الآدمى حضوره عند الاستدعاء إلى مجلس

---

(١) الكفالة لغة: من كفل المال وبالمال: ضمنه وكفل بالرجل يكفل ويكفل كفلا وكفولا، وكفالة، وكفل وكفل وتكفل به كله: ضمنه، وأكفله إياه وكفله: ضمنه، وكفلت عنه المال لغريمه وتكفل بدينه تكفلا. وفى التهذيب: وأما الكافل فهو الذى كفل إنسانا يعوله وينفق عليه، وفى الحديث: «الربيب كافل»، وهو زوج أم اليتيم، كأنه كفل نفقة اليتيم، والمكافل: المعاقد المحالف، والكفيل من هذا أخذ. وأما الكفالة فى الاصطلاح: فقد اختلف الفقهاء فى تعريف الكفالة تبعا لاختلافهم فيما يترتب عليها من أثر. فعرفها جمهور الحنفية بأنها: ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل فى المطالبة بنفس أو دين أو عين. وعرفها بعضهم بأنها: ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل فى الدين. قال فى الهداية: والأول هو الأصح. ويرى المالكية والشافعية فى المشهور والحنابلة أن الكفالة هى: أن يلتزم الرشيد بإحضار بدن من يلزم حضوره فى مجلس الحكم. فالحنفية يطلقون الكفالة على كفالة المال والوجه، والمالكية والشافعية يقسمون الضمان إلى ضمان المال وضمان الوجه، ويطلق الشافعية الكفالة على ضمان الأعيان البدنية. وأما عند الحنابلة: فالضمان يكون التزام حق فى ذمة شخص آخر، والكفالة التزام بحضور بدنه إلى مجلس الحكم. ويسمى الملتزم بالحق ضامنا وضمينا وحميلا وزعيما وكافلا وكفيلا وصبيرا وقبيلا وغريما، غير أن العرف جار بأن الضمين يستعمل فى الأموال، والحميل فى الديات، والزعيم فى الأموال العظام، والكفيل فى النفوس، والقبيل والصبير فى الجمع.

والكفالة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع. فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿قَالُوا۟ نَفۡقِدُ صُوَاعَ ٱلۡمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢]. أى كفيل: ضامن وقوله تعالى: ﴿سَلۡهُمۡ أَيُّهُم بِذَٰلِكَ زَعِيمٌ﴾ [القلم: ٤٠]، أى: كفيل. ومن السنة: قوله صلى الله عليه وسلم: «العارية مؤداة، والزعيم غارم والدين مقضي»، قال الخطابى وغيره: الزعيم الكفيل، والزعامة الكفالة، وما روى أبو قتادة «أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى برجل ليصلى عليه، فقال النبى صلى الله عليه وسلم: صلوا على صاحبكم فإن عليه دينا، قال أبو قتادة: هو على، فقال رسول الله ﷺ: بالوفاء؟ قال: بالوفاء، فصلى عليه». وقد نقل كثير من الفقهاء الإجماع على جواز الكفالة - وإن اختلفوا فى بعض الفروع - لحاجة الناس إليها ودفع الضرر عن المدين، قال فى الاختيار: «بعث النبى ﷺ والناس يتكفلون فأقرهم عليه»، وعليه الناس من لدن المصدر الأول إلى يومنا =

الحكم، أما من عليه حق لله تعالى، فلا تصح الكفالة به؛ لأن حقوق الله تعالى تبنى على المسامحة، وسواء استحق حضوره لمال عليه أو قصاص أو حد قذف، ولو مات المكفول ببدنه أو كفل به ابتداء، وطولب بإحضاره ليقيم على شخصه شهادة لزمه ما لم يدفن، فإن دفن لم ينبش، وإذا ادعى عليه حق فسكت صحت الكفالة ببدنه، وكذا إذا أنكر على الأصح؛ لأن حضوره مستحق لسماع البينة ونحوها، ولأن معظم الكفالات تقع على ثبوت الحق عند الحاكم، وتصح الكفالة ببدن الكفيل؛ لأن حضوره مستحق، ولا تصح الكفالة ببدن المكاتب لأجل مال الكتابة؛ لأنه غير لازم.

وقوله: أو بجزء حى، لا يبقى دونه، إن رضى.

أى: وتصح الكفالة ببدن من عليه الحق، وكذا بجزء لا يبقى دونه كالروح والنفس والرأس، وكثلثه أو ربعه، أما إذا كفل بما يبقى دونه ككبده أو رجله لم يصح، ولا تصح الكفالة به، إلا إن رضى أو وليه إن كان مولى عليه أو وارثه إن كان ميتًا، كما نقله فى المهمات عن ابن الرفعة.

ولا تصح الكفالة بجزء الميت، وتصح ببدن الصبى والميت فقد استحق إحضارهما لتقام الشهادة على صورتهما فيما إذا أتلف الصبى، وفيما إذا تحمل الشهادة على الميت من لا يعرف اسمه، فيطالب الوارث والولى بإحضارهما.

وقوله: وبعين مضمونة.

أى: وتصح الكفالة بالأعيان المضمونة[1] كالمغصوب والمستعار والمأخوذ على وجه

= هذا من غير نكير. ولهذه الأدلة رأى بعض الفقهاء أن الضمان الشامل للكفالة مندوب لقادر واثق بنفسه أمن غائلته.

(١) العين المضمونة بنفسها: هى التى يجب على حائزها أن يردها إلى صاحبها إن كانت قائمة أو يرد مثلها أو قيمتها إن تلفت، وذلك كالعين المغصوبة أو المقبوضة على سوم الشراء. وقد ذهب الحنفية والحنابلة وهو قول عند الشافعية إلى صحة كفالة هذا النوع من الأعيان: فيلتزم الكفيل برد العين ما دامت قائمة، وبرد المثل إن كانت مثلية، وبرد القيمة إن كانت قيمية، والحكم كذلك عند الحنفية فى العين المبيعة بعقد فاسد. وذهب المالكية وهو قول آخر للشافعية إلى أنه لا تجوز الكفالة بالأعيان، على أنه إذا استحق لزمه عينه، وإنما تصح إذا ضمن المعين على أنه إذا تلف بتعد أو تقصير التزم بدفع قيمته أو برد مثله، وعلى ذلك: إذا ضمن عين المغصوب لم يصح الضمان، ولكن إذا كفله على أنه ملزم بضمانه إذا تعذر رده صح الضمان.

والعين المضمونة بغيرها: هى التى يجب على حائزها أن يردها إلى صاحبها إن كانت قائمة، فإذا هلكت لا يجب أن يرد مثلها أو قيمتها، بل يجب عليه التزام آخر، مثال ذلك: المبيع فى يد البائع، فإنه مضمون بالثمن، فإذا هلك سقط الثمن عن المشترى إذا لم يكن دفعه، ووجب على البائع رده إليه إن كان دفعه، وكذلك الرهن فى يد المرتهن، فإنه مضمون بالدين إذا كانت قيمته تزيد عليه، وإلا =

السوم، فإن هذه تصح الكفالة بإحضارها، فإن تلفت فكما لو مات المكفول به لا يجب الغرم على الصحيح.

وقوله في الحاوي: وعين تلزم مؤنة ردها: قال صاحب التعليق: إنما قال: وعين تلزم مؤنة ردها، ولم يقل: عين يلزم ردها؛ [لأن ما يلزم رده إذا لم يكن لرده مؤنة كالدراهم لا تصح الكفالة بها، قال: والحاصل أن كفالة العين إنما تصح إذا كانت في يد من هي في يده وكان لردها مؤنة، انتهى، وهذا الشرط الثاني لا يعرف لغيره، بل لو اقتصروا على أن تكون مضمونة فقط، وإنما قال: يلزم مؤنة ردها ولم يقل يلزم ردها][1] لأن الوديعة يجب ردها لا بمؤنة بل بالتمكين؛ فأراد الاحتراز منها ومما في معناها؛ لأنها لا تصح الكفالة بها.

وقوله: وبرئ بإحضار ولو لوارث، وبحضوره عنه، بلا حائل حيث شرط، وإلا فحيث كفل.

أي: ويبرأ الكفيل بإحضار المكفول به إليه، أو إلى وارثه إن مات، ويجب إحضاره إلى المكان المشروط حال الكفالة، وإن لم يعين مكانا فحيث كفل، ولو أحضره في مكان آخر جاز قبوله ولم يجب، إن كان له غرض بأن كان يجد في المكان المستحق من يعينه عليه، وإن لم يكن له غرض وجب قبوله، وكذا إذا حضر المكفول به وسلم نفسه عن الكفيل برئ الكفيل، وإنما يبرأ بتسليمه أو بتسليم المكفول به من نفسه عن الكفيل، فإذا سلمه، وليس هناك حائل يمنع من تسليمه: فإن كان هناك حائل يمنعه من تسليمه كيد غالبة لم يجز إحضاره، وإن أحضره أجنبي له بإذن الكفيل وجب قبوله، أو بغير إذنه لم يجب، فإن قبله برئ.

وقوله: فإن مات أو هرب، أو تستر، فلا غرم، وفسدت إن شرط.

أي: وإذا مات المكفول به ودفن أو هرب إلى مكان لا يعلمه الكفيل، وكذا إذا تستر في البلد ولم يعلم أين هو فقد تعذر إحضاره - فلا يحبس الكفيل ولا يغرم على الصحيح، فإن شرط الغرم بطلت الكفالة.

وقوله: وإن ظهر ببلد، أمهل مدة ذهاب وعود، ثم حبس.

أي: وإن هرب المكفول ببدنه أو غاب، ثم علم في بلد في حد القرب، وكذا في حد البعد على الأصح، فإنما يُمهل الكفيل مدة ذهابه ومدة عوده منه، فإن أحضره فذاك وإلا حبس.

= كان مضمونا بقدر قيمته من الدين. وقد ذهب الحنفية والحنابلة إلى أن هذا النوع من الأعيان يجوز ضمان تسليمه فقط ما دام قائما، فإذا هلك سقطت الكفالة؛ لأنه إذا هلك هلك على صاحب اليد بما هو مضمون به، فالمبيع مضمون بالثمن، وإذا هلك في يد البائع سقط الثمن عن المشترى، وعند المالكية لا يصح ضمان الأعيان، على معنى تسليمها بذاتها.

(١) ما بين المعقوفين سقط في ط.

وقوله: بصيغة التزام: كضمنت، التزمت، تكفلت، بمالك على فلان وكفلت ببدنه، وأنا بالمال، أو بإحضاره، أو ببدنه، كفيل أو زعيم، ونحوه، لا أؤدى أو أحضر.

اى: ويجب أن يكون الضمان بصيغة ملتزمة، كضمنت مالك على فلان أو إحضار فلان، أو تقلدته، أو تكفلت به أو تحملته، أو التزمته وكفلت ببدن فلان، وأنا ببدنه أو بمالك أو بالعين أو بإحضارها كفيل أو زعيم أو حميل، أو قبيل ونحوه، وليس قوله: أؤدى هذا المال، أو أحضر هذا الشخص، ضمانا ولا كفالة، بل وعد لا يلزم.

وقوله فى الحاوى: بلفظ الالتزام، فخرج به الخط وإشارة الأخرس، والضمان بهما ينعقد[١].

وقوله: وبطل بشرط براءة أصيل، وخيار لا لمضمون له، وتعليق وتأقيت كإبراء، لا تأجيل إحضار علم.

اى: ويبطل الضمان، إذا شرط فيه براءة الأصيل؛ لأنه يخالف ما اقتضى[٢] العقد، وبطل بشرط الخيار للضامن. أما المضمون له فلا يضر؛ لأنه مقتضى العقد، ولو علقه بزمان كضمنت لك إذا جاء رأس الشهر، أو بغيره كقدوم زيد - لم يصح، وكذا إذا وقته، كضمنت لك شهرا ثم لا ضمان، وهو كالإبراء، فإنه لا يصح بشرط خيار، ولا تعليق ولا تأقيت، وإن كفل بإحضار الشخص، مؤجلا إلى أجل معلوم لا مجهول صح.

وقوله فى الحاوى: وخيار، مقتضاه أنه يبطله كل خيار، وليس على إطلاقه، بل شرط الخيار للمضمون[٣] له لا يضر كما ذكره فى العزيز والروضة، وإن كان كلام المسمى يوهم خلافه.

وقوله: وطولبا، وإن أبرأ أصيلًا برئ كفيل لا عكسه.

---

(١) ذهب المالكية والحنابلة، وهو الأصح عند الشافعية، وأبو يوسف إلى أن صيغة الكفالة تتم بإيجاب الكفيل وحده، ولا تتوقف على قبول المكفول له؛ لأن الكفالة مجرد التزام من الكفيل بأداء الدين لا معاوضة فيه، بل هو تبرع ينشأ بعبارته وحده، فيكفى فيه إيجاب الكفيل. وفى قول ثان عند الشافعية يشترط الرضا ثم القبول، والثالث يشترط الرضا دون القبول لفظا. وذهب أبو حنيفة ومحمد، وهو رأى عند الشافعية إلى أن صيغة الكفالة تتركب من إيجاب يصدر من الكفيل، وقبول يصدر عن المكفول له؛ لأن الكفالة عقد يملك به المكفول له حق مطالبة الكفيل أو حقا ثبت فى ذمته فوجب قبوله، ويترتب على ذلك أن الكفالة لا تتم بعبارة الكفيل وحده، سواء كانت الكفالة بالنفس أو بالمال، بل لا بد من قبول المكفول له. وإيجاب الكفيل يتحقق بكل لفظ يفهم منه التعهد والتزام والضمان، صراحة أو ضمنا، كما يتحقق بكل تعبير عن الإرادة يؤدى هذا المعنى.

(٢) فى أ: مقتضى.

(٣) فى أ: المضمون.

أى: وإذا صح الضمان، فللمضمون له مطالبة الأصيل والكفيل أو أحدهما، فإن أبرأ الأصيل برئ الكفيل وكفيله؛ لأنه إذا سقط الأصل سقط فرعه، بخلاف عكسه؛ لأن إبراء الكفيل إسقاط للوثيقة فقط، فلا يسقط بها الحق كفك الرهن.

وقوله فى الحاوى: وإن أبرأ الأصيل برئ الكفيل، لا عكسه، قال القونوى، وابن النحوى: لو قال: وإن برئ الأصيل، لكان أحسن؛ ليشمل براءته بالإبراء، والأداء والاعتياض، والحوالة به وعليه.

قلت[(١)]: لو قال المصنف ما قالاه، لوقع فى الخطأ؛ لأن العكس لا يطرد على ما قالاه، فإن الأصيل يبرأ ببراءة الكفيل وذلك إذا ضمن بغير إذنه، ثم أدى بغير إذنه، وكذا إذا أدى بإذنه على الأصح، فالمصنف اكتفى بالإبراء؛ ليقاس عليه ما يناسبه، والله أعلم.

وقوله: وحل على أحدهما بموته لا فلسه.

أى: وإذا مات الأصيل حل عليه الدين وحده، وإذا مات الكفيل حل عليه وحده، ولا يحل بالفلس ديون المفلس، والفرق: أن الحى يرتفق بالأجل، بخلاف الميت.

وقوله: فإن ضمن بإذن، أمر الغريم بطلب حقه من التركة، أو إبرائه.

أى: فإن كان الضامن قد ضمن بإذن المضمون عنه مؤجلا، ثم مات المضمون له، فإن ديونه تحل، فله أن يطالب الغريم بطلب حقه من تركته، أو بإبرائه من الضمان قبل هلاك التركة.

وقوله: والأصيل بالتسليم إن طولب لا إليه، ولا يحبس بحبسه.

أى: وللضامن بالإذن أن يطالب المضمون عنه بتسليم المال إلى الغريم إن طالبه بالتسليم، وأما قبله فلا، وليس له أن يطالبه بالتسليم إليه قبل أن يغرم، فإن حبس الكفيل لم يكن له أن يطالب بحبس الأصيل معه، لكن إذا غرم فله طلبه وحبسه.

وقوله: ورجع مؤد بإذن، وضامن به، وكذا بغيره، إن أدى به وشرط.

أى: ورجع غير الضامن أدى دين رجل بإذنه، وإن لم يشترط الرجوع، فى الأصح، وكذا الضامن بإذن[(٢)] يرجع، وإن أدى بلا إذن فى الأصح، ولا يرجع ضامن بلا إذن، وإن أدى بإذن على الأصح، إلا إن شرط الرجوع فإنه يرجع على الأصح، وكلام الأصل شامل لذلك.

وقوله فى الحاوى: والمؤدى بالإذن: إن أراد أن المؤدى بالإذن يرجع سواء كان ضامنًا

(١) فى ط: قلنا.
(٢) فى ط: بالإذن.

أم لا - فغير مسلم؛ لأن الصحيح أن الضامن بلا إذن لا يرجع وإن أدى بإذن.

وإن أراد به غير الضامن، وقلت[١]: إن المؤدى بالإذن إذا كان ضامنًا بلا إذن لا يرجع، فهو مأخوذ من قوله: ورجع أى الضامن بالإذن، فعلم منه أن غيره لا يرجع.

قلنا: يرد عليه من ضمن بلا إذن، وإن أدى بالإذن بشرط الرجوع، فإنه يرجع على الأصح.

وقوله: بالأقل من دين، وقيمة مصالح به، لا مبيع.

أى: وحيث قلنا: يرجع المؤدى أو الضامن: فبم يرجع؟ ينظر: إن أدى من جنس الدين، رجع بقدر ما أدى، وإن أدى من غير جنسه، نظرت: فإن صالح منه على عين، فالأصح أنه يرجع بالأقل من الدين وقيمة العين، وإن باع العين منه بقدر الدين ثم قاصه[٢] به، رجع بالكل، وكذا إن باع العين منه بالذى ضمنه عنه على الأصح.

وقوله فى الحاوى: ورجع بالمؤدى بالإذن بأقل الدين[٣] وقيمة المؤدى: مقتضاه أنه يجب الرجوع بالأقل، سواء صالح بالعين، أو باعها منه، والصحيح أنه مخصوص بما إذا صالح عنه بها.

وقوله: إن أدى بحضوره، أو صدقه الغريم أو أشهد، ولو رجلا مستورًا وحلف منكر إشهاد.

أى: ويشترط للرجوع أن يؤدى بحضور المضمون عنه، أو يصدقه الغريم المضمون له، فإن كذبه لم يرجع، وإن صدقه المضمون عنه ولا يرجع إذا كذبه المضمون له بأنه أدى، إلا إذا أشهد أنه أدى إما شاهدين وإما شاهدًا، ويحلف معه اليمين سواء عاش الشاهد أو مات، ولو كان مستورًا فبان فاسقًا، فله الرجوع؛ لأنه لا علم له بالباطن، فهو غير مقصر، وإن شهد[٤] فاسق لم يرجع؛ لأنه مقصر، وإن ادعى[٥] الإشهاد، فأنكر المضمون عنه - فالقول قول المنكر مع يمينه.

وقوله: وإن ضمن مريض تسعين، وخلف مثلها عمن خلف نصفها، أخذ من ورثته ستين، ورجعوا بثلاثين، ومن ورثة الأصيل خمسة عشر.

أى: اعلم أن الضامن فى المرض إذا ضمن عن رجل ثم مات ثم هلك الرجل موسرا،

---

(١) فى أ: وقلنا.
(٢) فى أ: قاصصه.
(٣) فى أ: ورجع والمؤدى بالأقل من الدين.
(٤) فى أ: وإن أشهد
(٥) فى ط: أو إن أدى.

فللغريم مطالبة من شاء منهم، فإن طالب ورثة الضامن رجعوا على ورثة الأصيل بالكل، وإن هلك الأصيل معسرًا فضمان الضامن فى ثلث ماله؛ لأن المريض محجور عليه من التبرع فيما سوى الثلث، والضمان تبرع، فإن هلك الأصيل غير معسر، لكنه خلف قدر ثلثى الدين، فللغريم أن يطالب ورثة الضامن بالجميع؛ لأنهم يرجعون فى تركة الأصيل بثلثى مالهم، ويفوت عليهم الثلث فى ضمان تبرع به الضامن، وكذلك يغرمون إذا لم يمت الأصيل وإن كان معسرًا؛ لأنهم لا يرجعون إلى ذمته بالكل، ففى مسألة الكتاب ضمن تسعين وخلف تسعين، وخلف الأصيل[1] خمسة وأربعين، فإذا أخذ الغريم ثلث مال الضامن، مع تركة الأصيل، فلا دور، وإن أخذ من تركة الضامن أكثر من الثلث لزم الدور؛ لأن ما يغرمه ورثة الضامن يرجع إليهم بعضه لأنه يصير المغروم دينا لهم فى تركة الأصيل فيضاربون به مع الغريم فى تركة الأصيل، فيلزم من ذلك زيادة تركة الضامن، ويلزم من زيادتها زيادة تركة المغروم، ويلزم من زيادة تركة المغروم زيادة ما يرجع إليهم، فطريق استخراجه بالحساب، فنقول[2]: يؤخذ من تركة الضامن شىء ويرجع إليه مثل نصفه؛ لأن تركة الأصيل نصف تركة الضامن، فيبقى لورثة الضامن تسعون إلا نصف شىء، وهى تعدل مثلى ما تلف بالضمان، إذ التالف نصف شىء، ومثلاه شىء، فإذا تسعون إلا نصف شىء يعدل شيئًا، فإذا جبرت وقابلت عدلت تسعون شيئًا ونصفا، ويكون الشىء ستين وهو الموجود[3]، فيكون دينًا لهم، ويبقى من[4] تركة الأصيل خمسة عشر يأخذها الغريم، ويفوت عليه من ماله خمسة عشر.

وقوله: أو عمن خلف ثلثها، أخذ من ورثته خمسة وأربعين وتناصفوا تركة الأصيل.

أى: [وإن ضمن ذلك من][5] خلف ثلث تركة الضامن، وثلثها ثلاثون، فله أن يأخذ تركة الأصيل، وثلث تركة الضامن، فإن فعل ذلك فلا دور، وله أن يأخذ من ورثة الضامن أكثر فتدور المسألة، فطريقه أن يقول: يؤخذ من ورثة الضامن شىء، ويرجع إلى ورثته مثل ثلثه؛ لأن تركة الأصيل ثلث تركة الضامن، فيبقى للضامن للورثة تسعون إلا ثلثى شىء، يعادل مثل التالف بالضمان، وهو ثلثا شىء، فمثلا شىء وثلث شىء، فإذا تسعون إلا ثلثا

---

(١) فى أ: والأصل.
(٢) فى أ: ليقول.
(٣) فى ط: وهو المأخوذ.
(٤) فى أ: فى.
(٥) فى أ: ويضمن لك عن.

شىء يعدل شيئًا وثلثا، وإذا أجبرت وقابلت، صار المجبور تسعين، والمقابل ستين، فيكون الشىء خمسة وأربعين، وذلك ما يأخذه رب المال، وصار دينًا لورثة الضامن على الأصيل، وبقى لرب المال عليه خمسة وأربعون أيضا، فيضاربون فى تركتهم بسهم وسهم فيجعل بينهما مناصفة.

وقوله: وإن أخذ تركة الأصيل أخذ ثلث تركة الضامن.

أى: يشير[1] إلى ما ذكرناه أولا من أنه بالخيار بينهما، والقدر الذى يصل إليه واحد[2] فى الحالين.

* * *

(١) فى ط: يشترط.
(٢) فى أ: وأخذ.

الشركة(١)

وقوله: إنما تصح شركة أهل توكيل، وتوكل فى مشترك لا يتميز، وإن تفاضل أو جهل لا وقت قسمة بإذن التصرف، لا مجرد اشتركنا.

أى: وتصح الشركة بين اثنين فصاعدا، ولو مسلمًا وذميًّا، وإن كرهت شركته للذمى(٢)،

---

(١) الشركة بكسر فسكون، كنعمة أو بفتح فكسر، ككلمة - ويجوز مع الفتح أيضا إسكان الراء - اسم مصدر شرك، كعلم: يقال: شرك الرجل الرجل فى البيع والميراث يشركه شركا وشركة، خلط نصيبه بنصيبه، أو اختلط نصيباهما. فالشركة إذن: خلط النصيبين واختلاطهما، والعقد الذى يتم بسببه خلط المالين حقيقة أو حكما - لصحة تصرف كل خليط فى مال صاحبه - يسمى شركة تجوزا، من إطلاق اسم المسبب وإرادة السبب. وأما فى الاصطلاح الفقهى: فالشركة قسمان: شركة ملك وشركة عقد. أما شركة الملك فهى أن يختص اثنان فصاعدا بشىء واحد، أو ما هو فى حكمه. والذى فى حكم الشىء الواحد هو المتعدد المختلط بحيث يتعذر أو يتعسر تفريقه لتتميز أنصباؤه. سواء فى ذلك العين والدين وغيرهما. فالدار الواحدة، أو الأرض الواحدة، مثلا تثبت فيها شركة الملك بين اثنين إذا اشترياها أو ورثاها أو انتقلت إليهما بأى سبب آخر من أسباب الملك، كالهبة والوصية والصدقة. وكذلك الإردبان من القمح أو أحدهما من القمح والآخر من الشعير، أو الكيسان من الدنانير ذات السكة الواحدة، يخلطان معا طواعية أو اضطرارا - كأن انفتق الكيسان المتجاوران. وقد أنكر بعضهم وقوع شركة الملك فى الديون؛ لأن الدين وصف شرعى فى الذمة، فلا يملك - وتمليكه ممن هو عليه، هو فى حقيقة الأمر، إسقاط لا تمليك. ولكن الحق أنه يملك، قالوا: بدليل أن ما يقبضه أحد الدائنين عن حصته من الدين المشترك يكون مشتركا بين الدائنين، حتى ليتعذر التخلص من هذه الشركة إلا بإعمال الحيلة - كأن يهب المدين لقابض قدر نصيبه ما قبضه، ويبرئه القابض من حصته فى الدين. أما غير الدين والعين، فكحق صاحبى الدار فى حفظ نحو الثوب تلقيه فيها الريح فإنه حق مشترك بينهما شركة ملك، إذ يملكه كلاهما. وليس يخالف أحد من أهل الفقه خلافا يذكر فى ثبوت شركة الملك، على هذا النحو الذى ذكره الحنفية، وإن لم يصرح بعضهم باسمها بل يتعمد كثير منهم أن يجمعوها فى تعريف واحد مع شركة العقد، كما فعل بعض الشافعية، إذ عرف الشركة مطلقا بأنها: (ثبوت الحق فى شىء لاثنين فأكثر على جهة الشيوع). وبعض المالكية إذ عرفها كذلك بأنها: (تقرر متمول بين مالكين فأكثر).

(٢) ومشاركة المسلم للذمى جائزة، ولا يحل للذمى من البيع والتصرف إلا ما يحل للمسلم؛ لأنه لم يأت قرآن، ولا سنة بالمنع من ذلك. وقد عامل رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر - وهم يهود - بنصف ما يخرج منها على أن يعملوها بأموالهم وأنفسهم - فهذه شركة فى الثمن، والزرع، والغرس. وقد «ابتاع رسول الله صلى الله عليه وسلم طعاما من يهودى بالمدينة ورهنه درعه فمات عليه السلام وهى رهن عنده» وذكرناه بإسناده فى «كتاب الرهن» من ديواننا هذا فهذه تجارة اليهود جائزة ومعاملتهم جائزة ومن خالف هذا فلا برهان له. وروينا عن إياس بن معاوية: لا بأس بمشاركة المسلم للذمى إذا كانت الدراهم عند المسلم وتولى العمل لها - وهو قول مالك - وكره ذلك أصحاب أبى حنيفة جملة. قال أبو محمد: من عجائب الدنيا تجويز أبى حنيفة، ومالك: معاملة اليهود والنصارى وإن أعطوه دراهم الخمر والربا ثم يكرهون مشاركته حيث لا يوقن بأنهم يعملون بما لا يحل، وهذا عجب جدا. وأما نحن فإنا ندرى أنهم يستحلون الحرام، كما أن فى المسلمين من لا يبالى من أين أخذ المال؟ إلا أن معاملة الجميع جائزة ما لم يوقن حراما، فإذا أيقناه حرم أخذه من كافر أو مسلم. وروينا من طريق وكيع عن سفيان الثورى عن أبى حصين قال: قال لى على =

وإنما الشرط[١] أن يكون كل منهما أهلًا للتوكيل والتوكل؛ لأن كلًّا منهما وكيل عن الآخر في نصيبه موكل إليه[٢] في نصيب نفسه، ولا يصح عقدها إلا والمالان أو الأموال مختلطة، فإن عقدت ثم خلطا المالين ولو في المجلس لم يصح، ويشترط في الخلط ألا يتميز مال عن مال، والخلط إما بأن يرثاه مشاعًا، أو يبيع نصف عرضه بنصف عرض صاحبه، أو يخلط مال صاحبه المثلي بمثله، خلطًا لا يتميز معه، فإن تميز، ولو بعشر[٣] كالحنطة البيضاء بالحمراء، لم يصح، وتصح الشركة سواء استوى المالان أو تفاضلا، ويكون الربح على قدر المالين، ولا يشترط العلم بمقدار النصيبين[٤] حالة الشركة، بل لو ورثا مالا ولم يعلم كل منهما قدر نصيبه، وعقدا الشركة صح؛ لأن العلم بذلك ممكن عند الحاجة إليه، بقسمة ربح ونحوه، أو الأصل.

ولو خلطا وكل لا يعرف قدر ماله، ولا يمكن معرفته - لم تصح الشركة؛ لتعذر العلم، ولابد مع الشركة من صيغة تدل على الإذن في التصرف ليتصرف كل منهما في نصيب صاحبه، كتجارة[٥] وتصرف، فلواقتصرا على قولهما: اشتركنا لم يكن إذنًا في التصرف على الأصح، وإن أذن أحدهما لصاحبه دون الآخر، تصرف المأذون له في الجميع والآخر في نصيب نفسه فقط، فإن اشترط منعه لم تصح الشركة[٦]؛ لاقتضائه الحجر عليه في ماله.

وقوله في الحاوي: أو جهل وكل وكيل أطلق الصحة مع الوكالة[٧]، ولم يقيدها بحالة العقد كما قيدها في العزيز والروضة، وكما هو مقتضى المذهب، فإنه لو خلط زيته بزيت صاحبه، مثلا، وكل لا يعرف قدر زيته، ولا يمكن التوصل إلى معرفته فيما بعد، فالشركة فاسدة وإن نفذ التصرف بالإذن.

= ابن أبي طالب في المضارب وفي الشريكين: الربح على ما اصطلحا عليه. ومن طريق وكيع عن سفيان الثوري عن هشام أبي كليب، وعاصم الأحول، وإسماعيل الأسدي قال إسماعيل: عن الشعبي، وقال عاصم: عن جابر بن زيد وقال هشام: عن إبراهيم النخعي، قالوا كلهم في شريكين أخرج أحدهما مائة، والآخر مائتين: إن الربح على ما اصطلحا عليه، والوضيعة على رأس المال. قال علي: هذا صاحب لا يعرف له من الصحابة مخالف وقد خالفه الحنفيون، والمالكيون، وخالفوا معه من ذكرنا من التابعين.

(١) في أ: الشركة.
(٢) في أ: موكل له.
(٣) في ط: ولو بعسر.
(٤) في ط: بقدر النصيبين.
(٥) في أ: كأتجرة.
(٦) في ط: الشرط.
(٧) في ط: وكل أطلق الصحة مع الجهالة.

وقوله: وكل وكيل، وربحه وخسره، بحصة قيمة ماله، فإن شرط تفاوت، فسدت، فلكل أجر عمله للآخر، لا فى زائد بلا طمع.

أى: وكل واحد من الشركاء وكيل وله حكم الوكيل، ولا يبيع بنسيئة ولا بدون ثمن المثل، ولا يسافر بالمشترك إلا بإذن فى الجميع كالوكيل، ويوزع الربح على المالين بنسبة قيمة مال كل، كما إذا خلط زيتًا بزيت ولكن قيمة رطل أحدهما درهمان والآخر درهم، فإن الربح بينهما يكون أثلاثا، لصاحب الجيد الثلثان.

فإن شرطا أن يكون لأحدهما من الربح أكثر من نسبة حصته فسدت الشركة، وحكمهما إذا فسدت بهذه الجهة أو غيرها أن يصح تصرفهما بالإذن فيه.

ويقسم الربح على قدر المالين، لكن يرجع كل منهما على صاحبه بأجرة ما عمل له فى ماله، فإن تساويا فى المال والعمل وقع التقاص، وإن وقع التفاوت فى العمل مع تساوى المالين، فكان عمل أحدهما يساوى مائتين، وعمل الآخر مائة، نظرت: فإن كان عمل من شرط له الزيادة أكثر فنصف عمله لنفسه، ونصفه لصاحبه، ولصاحبه وقد عمل له بخمسين[١]، فيقع التقاص ويبقى له خمسون يرجع بها على صاحبه، وإن كان عمل صاحبه أكثر لم يرجع بشىء على الأصح، وعلى هذا لو كان مال أحدهما أكثر وعمله أكثر من حصته، وهو المشروط له الزيادة - قاصص بمقابل عمل صاحبه ورجع[٢] بالزيادة من أجرة المثل، وإلا فلا.

وقوله: وصدق فى اشتراء لنفسه، وخسر، لا قسمة.

أى: وإذا اشترى أحد الشريكين عينًا، وقال: لم أشترها للشركة، بل لنفسى خاصة، فالقول قوله مع يمينه، وكذا إن قال: خسرت فيما اشتريته للشركة، صدق بيمينه، وإن ادعى التلف، وأسنده إلى جهة خفية فكذلك، وإن أسنده إلى سبب ظاهر كالحريق أثبت بالحريق، وإن كان فى يده مال، فقال: اقتسمناه وهذا نصيبى من المشترك، وقال الآخر: لم يقسم بعد، فالقول قول منكر القسمة، ويجعل بينهما.

وقوله: وبفسخ أحدهما، انعزلا، ويعزله المعزول.

أى: إذا قال أحدهما: فسخت الشركة[٣] ارتفع العقد، وإذا ارتفع العقد انعزلا جميعًا، بخلاف ما إذا قال أحدهما للآخر: عزلتك، فإن الشركة باقية ولم ينعزل إلا المعزول.

---

(١) فى ط: ونصفه مائة وقد عمل له بخمسين.
(٢) فى أ: ويرجع.
(٣) فى ط: قسمت الشركة.

وقوله: ولبائع مال ببعض ربح أجر مثل.

أى: وإذا شرط رجل لمن يبيع له ماله جزءًا من الربح لم يصح، فإن باع صح البيع للآذن، ووجب له أجرة المثل. وأشار بهذا إلى شركة الوجوه فى قول بعضهم، وهى أن يبيع الوجيه مال الخامل بجزء من الربح، أو يشترى الوجيه للمالك الخامل بجزء من الربح، فإنه يرجع إلى أجرة المثل، والصحيح أن شركة الوجوه غير ما ذُكِر، وهى أن يشترك اثنان فيما يشتريه كل منهما فى ذمته ويبيع، والربح بينهما، وهى باطلة أيضًا.

واعلم أن الشركة أربعة أنواع: شركة العنان(١)، وهى المراد بقوله: إنما تصح شركة

---

(١) شركة العنان: أن يشتركا فى شىء خاص معلوم قال ابن السكيت: كأنه عن لهما شىء فاشتركا فيه وأنشد لامرئ القيس:

فعن لنا سرب كأن نعاجه ... عذارى دوار فى ملاء مذيل

(السرب) الجماعة من الظباء والبقر والجمع أسراب (والنعاج) جمع نعجة وهى الأنثى من بقر الوحش (والعذارى) جمع عذراء من النساء (والدوار) صنم كانت العرب تنصبه وتدور حوله (والملاء) جمع ملاءة (والمذيل) الطويل الذيل وإنما ذكره حملا على اللفظ، وقيل: هو مأخوذ من عنان الفرس إما لأن كلا منهما جعل عنان التصرف فى بعض المال إلى صاحبه أو لأنه يجوز أن يتفاوتا تفاوت العنان فى يد الراكب حالة المد والإرخاء (وعنان السماء) بالفتح ما علا منها وارتفع.

ومعناها: أن يشترك رجلان بماليهما على أن يعملا فيهما، بأبدانهما، والربح بينهما، واختلف فى علة تسميتها شركة العنان، فقيل: سميت بذلك لأنهما يتساويان فى المال والتصرف، كالفارسين إذا سويا بين فرسيهما، وتساويا فى السير، فإن عنانيهما يكونان سواء. وقال الفراء: هى مشتقة من عن الشىء إذا عرض، يقال: عنت لى حاجة. إذا عرضت، فسميت الشركة بذلك؛ لأن كل واحد منهما عن له أن يشارك صاحبه. وقيل: هى مشتقة من المعاننة، وهى المعارضة، يقال: عاننت فلانا: إذا عارضته بمثل ماله وأفعاله. فكل واحد من الشريكين معارض لصاحبه بماله وفعاله. وهذا يرجع إلى قول الفراء.

وثبتت مشروعية شركة العنان: بالكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول: أ - الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ﴾ [ص: ٢٤]. والخلطاء هم الشركاء. ولكن هذا إلى شركة الملك أدنى. ثم هو قول داود لبيان شريعته، ولا يلزم استمرارها. كذا قال ابن الهمام - على خلاف قاعدة الحنفية فى شرع من قبلنا: فلعله تساهل فيه لأنه علاوة فى الرد. ب - (السنة): ١ - الحديث القدسى المروى عن أبى هريرة - رضى الله عنه - يرفعه إلى النبى صلى الله عليه وسلم: «إن الله يقول: أنا ثالث الشريكين، ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خانه خرجت من بينهما». (٢) حديث «السائب بن أبى السائب المخزومى، أنه كان شريك النبى فى أول الإسلام فى التجارة، فلما كان يوم الفتح، قال النبى صلى الله عليه وسلم: مرحبا بأخى وشريكى، لا يدارى ولا يمارى». (٣) حديث أبى المنهال عند أحمد: «أن زيد بن أرقم، والبراء بن عازب، كانا شريكين، فاشتريا فضة بنقد ونسيئة، فبلغ النبى صلى الله عليه وسلم فأمرهما أن ما كان بنقد فأجيزوه، وما كان بنسيئة فردوه» وهو بمعناه عند البخارى وفى لفظه: «ما كان يدا بيد فخذوه وما كان نسيئة فردوه». وفيه تقرير صريح. وهذا مثل واحد من تقريرات كثيرة لا مرية فيها على الجملة؛ لأن أكثر عمل القوم، فى صدر الدعوة، كان التجارة والمشاركة فيها، ولذا يقول الكمال: إن التعامل بالشركة =

أهل توكل وتوكيل، إلى آخره؛ سميت بذلك تشبيهًا بالمشتركين فى حق الفسخ والتصرف والربح [وسائر أحكامها][(١)] كاستواء طرفى عنان الدابة، وقيل غير ذلك، وشركة العنان هى الصحيحة دون سائر الأنواع، وقد أشار إلى شركة الوجوه[(٢)] بما ذكرناه، ولم يتعرض

= من لدن النبى صلى الله عليه وسلم وهلم جرا، متصل لا يحتاج فيه إلى إثبات حديث بعينه، وهو قول صاحب الهداية: أنه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليها. ج - الإجماع: فقد كان الناس وما زالوا، يتعاملون بها فى كل زمان ومكان، وفقهاء الأمصار شهود، فلا يرتفع صوت بنكير. د - المعقول: فإن شركة العنان طريق من طرق استثمار المال وتنميته، تمس إليه حاجة الناس، قلت أموالهم أو كثرت، كما هو مشاهد ملموس، حتى لقد كادت الشركات التجارية الكبرى، التى يستحيل عادة على تاجر واحد تكوينها، أن تكون طابع هذا العصر الذى نعيش فيه. هذا من جانب، ومن الجانب الآخر، ليس فى تطبيق شركة العنان شىء ينبو بشرعيتها: فما هى فى حقيقة الأمر سوى ضرب من الوكالة إذ حل شريك وكيل عن شريكه. والوكالة لا نزاع فى شرعيتها إذا انفردت، فكانت من واحد لآخر، فكذا إذا تعددت، فكانت من كل واحد لصاحبه: أعنى أنه وجد المقتضى وانتفى المانع - كما يقولون، وإذا كانت تتضمن وكالة فى مجهول، فهذا شىء يغتفر فى ضمن الشركة؛ لأنه تبع لا مقصود، والشىء يغتفر فيه تبعا ما لا يغتفر استقلالا.

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) شركة الوجوه هى شركة المفاليس وإنما أضيفت إلى الوجوه لأنها تبتذل فيها لعدم المال والإضافة فيه بمعنى الباء كما فى شركة الأبدان وذلك لأنهما اشتركا فى الشراء والبيع بوجوههما وأبدانهما لا بشىء آخر، وقيل: هو أن يشتركا من الوجه الذى لا يعرف، وقيل: لأن كلا منهما ينظر فى وجه صاحبه إذا جلسا يدبران أمرهما ولا مال لهما، وقيل: لأنهما يشتريان بجاههما وهو من الوجه على القلب بدليل العبارة الأخرى لأنه لا يشترى بالنسيئة إلا من له وجاهة عند الناس أى قدر وشرف، والأول هو الوجه ويشهد لصحته قول محمد بن بشير طلبت فلم أدرك بوجهى وليتنى قعدت ولم أبغ الندى بعد سائب أى ببذل وجهى يعنى توليت الطلب بنفسى ولم أتوسل فيه بغيرى (وقوله تعالى): ﴿فَثَمَّ وَجْهُ ٱللَّهِ﴾ [البقرة: ١١٥] أى جهته التى أمر بها الله تعالى ورضيها عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما أنها نزلت فى الصلاة على الراحلة وعن عطاء فى اشتباه القبلة.

واشترط الحنفية وكذلك القاضى وابن عقيل من الحنابلة: أن يكون الربح بين الشريكين بنسبة ضمانهما الثمن: وضمانهما الثمن إنما هو بنسبة حصصهما فيما يشتريانه معا، أو كل على انفراد. ومقدار هذه الحصص يتبع الشرط الذى وقع التشارط عليه عند عقد الشركة. فمن الجائز المشروع أن يتعاقدا فى شركة الوجوه على أن يكون كل ما يشتريانه أو يشتريه أحدهما بينهما مناصفة، أو على التفاوت المعلوم أيما كان - كأن يكون لأحدهما الثلث أو الربع، أو أكثر من ذلك أو أقل، وللآخر الثلثان أو الثلاثة الأرباع إلخ. وإذ كان معلوما أن شركة المفاوضة لا تكون إلا على التساوى فى الربح عند الحنفية، فإنه يجب هنا أن تكون على التساوى فى حصص المشترى وثمنه أيضا. فإذا شرط لأحد الشريكين فى الربح أكثر أو أقل مما عليه من الضمان فهو شرط باطل لا أثر له، ويظل الربح بينهما بنسبة ضمانهما؛ لأنه لا يوجد فى هذه الشركة سبب لاستحقاق الربح سوى الضمان، فيتقدر بقدره. ذلك أن الربح إنما يستحق بالمال أو العمل أو الضمان، كما سيجىء فى الأحكام، ولا مال هنا ولا عمل، فيتعين أن يكون الربح بسبب الضمان، وإذن تكون قسمته بحسبه. لئلا يلزم ربح ما لم يضمن. والمذهب عند الحنابلة أن الربح فى شركة الوجوه يكون على حسب ما اتفقا عليه؛ لأن الشريكين شركة وجوه يتجران، والتجارة عمل يتفاوت كيفا، كما =

لشركة الأبدان، والمفاوضة[١].

= يتفاوت كما، ويختلف باختلاف القائمين به نشاطا وخبرة - فالعدالة أن تترك الحرية للمتعاقدين ليقدرا كل حالة بحسبها: حتى إذا اقتضت التفاوت فى الربح، لم يكن عليهما من حرج فى التشارط عليه وفق ما يريان. نظيره، لنفس هذا المدرك، شركات العنان الأخرى، والمضاربة، إذ يكفى فيهما أن يكون الربح بين مستحقيه بنسبة معلومة، على التساوى أو التفاوت - بالغا ما بلغ هذا التفاوت.

(١) المفاوضة هى المشاركة فى كل شىء والمفاوضة هى المجاراة والمفاوضة تفويض كل واحد منهما إلى صاحبه أمر الشركة والمفاوضة هى المساواة والمفاوضة هى المخالطة يقال نعام فوضى أى مختلط بعضه ببعض وقوم فوضى أى مختلطون لا أمير عليهم ويقال قوم فوضى أى متساوون فى الامتناع عن طاعة الأمير قال قائلهم:

تهدى الأمور بأهل الرأى ما صلحت فإن تولت فبالجهال تنقاد
لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذا جهالهم سادوا

وأما المفاوضة من شركة الأموال فليس فى جوازها نص ثابت وإنما أجازها الحنفية واستدلوا بأن النبى صلى الله عليه وسلم قال: «فاوضوا، فإنه أعظم للبركة» وهو غير معروف فى شىء من كتب الحديث. وقد يحتج فى جوازها بالبراءة الأصلية: فالأصل الجواز، حتى يقوم دليل المنع - ولا دليل.

وقد اشترط الفقهاء شروطًا خاصة بشركة المفاوضة فى الأموال: وهى شروط إذا اختلت كانت الشركة عنانا:

الشرط الأول: اشترط الحنفية المساواة فى رأس المال ويعتبر ابتداء وانتهاء فلا بد من قيام المساواة ما دامت الشركة فى رأس المال قائمة كألف دينار من هذا، وألف دينار من ذاك؛ لأن الشركة عقد غير لازم، لكل من الشريكين فسخه متى شاء، فصارت كالمتجددة كل ساعة، والتحق استمرارها بابتدائها فى اشتراط المساواة بمقتضى اسمها (مفاوضة) فإذا اتفق، بعد عقد الشركة على التساوى، أن ملك أحد الشريكين، بإرث أو غيره ولو صدقة، ما تصح فيه الشركة - وهو الأثمان - وقبضه، فإن المفاوضة تبطل، وتنقلب عنانا لفوات المساواة. أما إذا ملك ما لا تصح فيه الشركة كالعروض، عقارية أو غيرها، وكالديون فإن هذا لا ينافى المساواة فيما يصلح رأس مال للشركة، فلا ينافى استمرار المفاوضة إلا إذا قبض الديون أثمانا فحينئذ تحصل المنافاة وتبطل المفاوضة. وتتحول عنانا. ولا يخل بهذه المساواة - فى أشهر الروايتين عن أبى حنيفة - اختلاف النوع: كنقود ذهبية لهذا وفضية لذاك، إذا استويا فى القيمة، فإذا زادت قيمة حصة أحدهما خرجت الشركة عن المفاوضة إلى العنان - إلا أن تكون الزيادة قد طرأت بعد الشراء بالحصتين، أو إحداهما؛ لأن الشركة فى الحالة الأولى: قد انتقلت من رأس المال إلى ما اشترى به، فلم يجتمع فى رأس المال شركة وتفاوت، وفى الحالة الثانية تكون الحصة الباقية كأنها بينهما؛ لأن نصف ثمن ما اشترى مستحق على صاحبها، وقلما يتفق الشراء بالحصتين جميعا، فاقتضى الاستحسان، تفاديا للحرج، إلحاقها بالحالة الأولى، وإن كان القياس فساد المفاوضة فيها. وقد تقدم أن المالكية والحنابلة لا يشترطون المساواة بين الشريكين فى رأس المال لصحة المفاوضة. الشرط الثانى: شمول رأس المال لكل ما يصلح له من مال الشريكين.

وقد تقدم أن الأثمان وحدها هى الصالحة لذلك عند الحنفية، إذا كانت عينا لا دينا، حاضرة لا غائبة - سواء أكانت أثمانا بأصل الخلقة أم بجريان التعامل. فإذا كان لأحد الشريكين شىء من ذلك آثر بقاءه خارج رأس المال - ولو لم يكن بيده، كأن كان وديعة عند غيره - فالشركة عنان، لا مفاوضة لعدم صدق اسمها إذ ذاك. أما ما خرج عن هذا النمط، فلا يضير المفاوضة أن يختص =

فشركة الأبدان: أن يشترك أهل الحرف على ما يكتسبونه بينهم، إما بتساوٍ أو تفاوت، وهى باطلة، وإن اكتسبا شيئًا وانفرد كل بعمله فهو له، وإن اشتركا[1] فى عمله قسم بينهما على قدر أجرة المثل.

وشركة المفاوضة: أن يشتركا على أن ما حصل لهما من غنم وغرم فهما فيه سواء.

قال الشافعى -رضى الله عنه-: [لا أعرف فى الدنيا شيئا باطلًا][2] إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة؛ لما فيها من كثرة الغرر.

* * *

= أحد الشريكين منه بما شاء لأنه لا يقبل الشركة، فأشبه اختصاص أحدهما بزوجة أو أولاد، فليحتفظ لنفسه بما أحب من العروض (بالمعنى الشامل للمثلى - على ما فيه من نزاع محمد - والعقار)، أو الديون أو النقود الغائبة - ما دامت كذلك. فإذا قبض الدين نقودا، أو حضرت النقود الغائبة - تحولت المفاوضة إلى عنان، لما تقدم من اشتراط استمرار المساواة. الشرط الثالث: إطلاق التصرف لكل شريك فى جميع أنواع التجارة:

وهو شرط عند الحنفية. فيتجر كل شريك فى أى نوع أراد، قل أو كثر، سهل أو عسر، رخص أو غلا. حتى لو أن الشريكين تشارطا على أن يتقيدا هما أو أحدهما ببعض أنواع التجارات - كأن لا يتجرا فى الحاصلات الزراعية، أو الآلات الميكانيكية، أو أن يتجر أحدهما فى هذه دون تلك، والآخر بالعكس - لم تكن الشركة مفاوضة، بل عنانا؛ لأن المفاوضة تقتضى تفويض الرأى فى كل ما يصلح للاتجار فيه، وعدم التقييد بنوع دون نوع، كما صرح به صاحب الهداية. وشرط إطلاق التصرف لكلا الشريكين غير مقرر عند المالكية والحنابلة؛ لأن المالكية ينوعون المفاوضة إلى عامة لم تقيد بنوع من أنواع المتاجر دون نوع، وخاصة - بخلافها. كما أن الحنابلة يئول كلامهم إلى مثل هذا؛ لأنهم - وإن كانوا يقرون منها نوعا شاملا لجميع أنواع التصرفات - فإنهم يقررون نوعا آخر يمكن أن يقيد فيه الشركاء بعضهم بعضا بقيود بعينها.

(١) فى أ: وإن انفردا.

(٢) فى ط: لا أعرف شيئًا فى الدنيا.

الوكالة[١]

وقوله: باب صحة وكالة فى قابل نيابة، من عقد وفسخ متراخ وقبض حق وعقاب، ويقتص لغائب، وفى تملك مباح، وخصومة لإثبات حد لله تعالى إلا ضمنا، ولا فى معاص وإقرار، ويصير به مقرًّا.

أى: ولا تصح الوكالة فيما لا يقبل النيابة، فإن قبلها صحت؛ لأن النبى ﷺ وكل فى شراء شاة[٢] وفى عقد نكاح أم حبيبة[٣]، فقبول النكاح النيابة هو ركنها الأول، وذلك فى أنواع البيع من السلم والصرف والتولية وغيرها، وكالرهن والهبة والصلح والضمان وسائر المعاملات، وكالإيداع والوصية، والنكاح والخلع والطلاق والرجعة، وتعيين المطلقة والعتق والكتابة، وكذا الفسخ كالكفالة[٤].

واستثنى من الفسوخ ما كان منها على الفور، كالرد بالعيب؛ لأنه قد يعد التوكيل فيه تقصيرًا.

وأما العبادات فإنها لا تقبل التوكيل[٥] إلا الحج لما ثبت فيه، وركعتى الطواف فتبعًا، وفى تفريق الزكاة والكفارات والصدقات؛ إلحاقا لها بالتصرف فى المال، وذبح الأضحية والهدى؛ لاستنابته ﷺ.

وتصح فى قبض الحقوق من الأعيان والديون، وقبض سائر العقوبات من الحدود

---

(١) الوكالة هى اسم مصدر لوكل بالتشديد والمصدر التوكيل وذكرها عقب الشركة؛ لأن كلا من الشريكين وكيل عن الآخر. وهى لغة التفويض والحفظ، ومنه توكلت على الله. وفى تفسيرها بالحفظ مسامحة فإن الحفظ من فعل الوكيل والوكالة اسم مصدر من التوكيل، وهو فعل الموكل اللهم إلا أن يقال: استعمل الحفظ بمعنى الاستحفاظ أو أن فى الكلام مضافا تقديره وطلب الحفظ.

وشرعا تفويض شخص أمره إلى آخر فيما يقبل النيابة ليفعله فى حياته، والأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى ﴿فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ﴾ [النساء: ٣٥] الآية وخبر الصحيحين «أنه صلى الله عليه وسلم بعث السعاة لأخذ الزكاة» والحاجة داعية إليها فهى جائزة، بل قال القاضى وغيره: إنها مندوب إليها لقوله تعالى ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢].

(٢) يشير بذلك إلى حديث عروة البارقى أن رسول الله ﷺ أعطاه دينارًا يشترى له به شاة فاشترى له به شاتين فباع إحداهما بدينار فجاء بدينار وشاةٍ فدعا له بالبركة فى بيعه وكان لو اشترى التراب لربح فيه.

أخرجه البخارى (٣٦٤٢) ومن طريق آخر أخرجه أحمد (٤/ ٣٧٥، ٣٧٦)، وأبو داود (٣٣٨٥)، والترمذى (١٢٥٨)، وابن ماجه (٢٤٠٢م).

(٣) يشير بذلك إلى حديث عمرو بن أمية الضمرى أن رسول الله ﷺ بعثه إلى النجاشى فزوجه أم حبيبة بنت أبى سفيان وساق عنه أربعمائة دينار.

أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى (٧/ ١٣٩).

(٤) فى ط: كالإقالة.

(٥) فى ط: النيابة.

وغيرها فى القصاص، والأصح أن له أن يقبض فى غيبة الموكل.

وتصح الوكالة فى المباحات[١]، إذا وكله أن يحتطب له، أو يحيى له أرضًا، فقصده الوكيل بذلك، صارت ملكًا للموكل.

وتصح فى الخصومات التى تتعلق بالآدميين؛ كإثبات حد القذف وغيره.

ولا تصح فى إثبات حدود الله تعالى، نعم قد يقع ثبوتها ضمنًا، مثل أن يقذف رجل رجلا، فيطالبه بحد القذف، فله أن يدرأه عن نفسه، بإثبات زناه، فإذا ثبت أقيم عليه الحد.

ولا تصح فى المعاصى، فلو قال له: اسرق لى أو اقتل عنى فلانا ظلما ونحوه لم تصح الوكالة، وتعلق الحق بالفاعل.

وكذا لا تصح الوكالة بالإقرار، فإذا قال له: أقر عنى لفلان بألف لم تصح الوكالة، ولكنه يصير به مقرًّا.

وقوله فى الحاوى: صحة الوكالة فى قابل النيابة إلى قوله: ولا يصير به مقرًّا، فيه أمور:

أحدها: أنه أطلق صحة الوكالة فى الفسخ، وذلك إن لم يكن على الفور، كما بيناه.

الثانى: أنه أطلق أيضًا منع صحتها فى إثبات الحدود، وقد تقع ضمنًا كما بيناه، فإذا ثبت زناه ثبت الحد ضمنًا كما ذكرناه[٢].

الثالث: قوله: ولا يصير به مقرًّا، هذا نقله الرافعى عن تصحيح البغوى خاصة، ونقل قبله أن الإمام اختار أنه يصير مقرًّا، ونقل النووى فى الروضة عن الأكثرين أنه الأصح.

وقوله: ولا شهادة، ويمين، كلعان وإيلاء وظهار، ونذر وتعليق.

أى: ولا يصح التوكيل فى الشهادات والأيمان إلحاقًا لها بالعبادات ومثل اليمين باللعان الإيلاء والظهار، فإنها أيمان، وعد الظهار يمينًا بناء على الأصح أن المغلب عليه حكم اليمين، والنذر فى معنى اليمين، وكذا تعليق الطلاق والعتق، كل هذه لا يصح التوكيل فيها[٣].

---

(١) فى ط: فى تملك مباح.

(٢) فى أ: ذكروه.

(٣) لا يصح التوكيل فى الشهادة؛ لأنها تتعلق بعين الشاهد لكونها خبرا عما رآه أو سمعه، ولا يتحقق هذا المعنى فى نائبه. فإن استناب فيها، كان النائب شاهدا على شهادته، لكونه يؤدى ما سمعه من شاهد الأصل، وليس بوكيل. ولا يصح فى الأيمان والنذور لأنها تتعلق بعين الحالف والناذر، فأشبهت العبادات البدنية والحدود. ولا يصح فى الإيلاء والقسامة واللعان؛ لأنها أيمان. ولا فى القسم بين الزوجات؛ لأنه يتعلق ببدن الزوج لأمر لا يوجد من غيره. ولا فى الرضاع؛ لأنه يختص بالمرضعة والمرتضع، لأمر يختص بإثبات لحم المرتضع، وإنشاز عظمه بلبن المرضعة. ولا فى الظهار؛ لأنه =

وقوله: معلوم علمًا يقل به غرر، كنوع بصنف احتيج؛ كاشتراء عبد لغير تجارة.

أى: ويشترط أن يعلم الوكيل ما وكل فيه علما يقل به الغرر، فإن وكله فى شراء عبد فلابد من تعيين النوع كعبد زنجى ثم يذكر معه الصنف كالدامونى والنوبى[١]، وقد يغنى النوع عن الصنف، كهذين المثالين، فإن احتيج إلى جمعهما تعين، فلا يجب ذكر الثمن، ويجوز أن يشترى الموصوف بأقل مما عين له، وإنما[٢] يشترط ذلك فى شراء عبد للخدمة ونحوها، أما إذا كان للتجارة، فلا يحتاج إلى وصف؛ لأن الغرض ما يربح به.

وقوله فى الحاوى: كشراء عبد معين النوع والصنف، أو الثمن، فيه أمران:

أحدهما: أن هذا فى غير عبد التجارة، أما ما يشترى للتجارة فلا يشترط فيه ذكر نوعه، كما ذكروه.

الثانى: قوله: أو الثمن: ظاهره أنه مخير بين ذكر الصنف والثمن، والأصح أن ذكر الثمن لا يغنى عن الصنف.

وقوله: وكبما باع به فلان.

أى: إذا قال: بع بما باع به فلان فرسه صح؛ لأن فيه تخصيصا يقل به الغرر، لكن يشترط أن يعلم الوكيل حالة العقد الثمن الذى باع به فلان؛ لئلا يبيع بمجهول.

وقوله: وفيما له من خصومة، وتطليق، وبيع، وعتق، لا فى كل قليل وكثير.

أى: ومن العلم الذى يقل به الغرر أن يقول: وكلتك[٣] فى كل مالى من خصومة وفى كل مالى من تطليق زوجة، وفى كل مالى من بيع أو شراء أو عتق، وفى استيفاء ديونى، بخلاف ما إذا قال: وكلتك فى مالى من كل قليل وكثير، أو وكلتك فى كل قليل وكثير، وفوضت إليك جميع الأشياء، أو تصرف فى مالى كيف شئت.

وقوله: وعلم موكل أبرأ، ووكيل عقد.

أى: ويعتبر فى الإبراء علم الموكل لا الوكيل على الأصح؛ لأنه ليس بتمليك بل إسقاط حق [على الأصح][٤]، وقد سبق فى الضمان أنه تمليك، وما توسط به النووى فى الرجعة من أن الترجيح[٥] يختلف بحسب المسائل؛ لظهور الدليل فى أحد الطرفين، وأما فى سائر

= قول منكر وزور، فلا يجوز فعله، ولا الاستنابة فيه. ولا يصح فى الغصب؛ لأنه محرم. ولا فى الجنايات؛ لذلك. ولا فى كل محرم؛ لأنه لا يجوز له فعله، فلم يجز لنائبه.

(١) فى ط: والنووى.
(٢) فى أ: وأن.
(٣) فى أ: وكلت.
(٤) سقط فى ط.
(٥) فى ط: الترجيع.

العقود فيشترط علم الوكيل، فإذا وكله فى شراء عبد، اشترط أن يعرف[١] ثمن المثل حتى يشتريه به وسائر شروط العقد.

وقوله: من متمكن منه مطلقًا، ومن أعمى فى نحو بيع وشراء، فيستنيب ولى ملك إنكاحًا، لا قاض ووكيل فيما توليا، إلا بإذن، أو قرينة كقدر المعجوز عنه.

أى: لا تصح الوكالة إلا فى قابل النيابة، ويشترط أن يصدر من متمكن من فعل ما وكل فيه، فيخرج الصبى والمجنون؛ لأنهما غير متمكنين من التصرفات، ولا تصح من المرأة فى النكاح، ولا من الفاسق فى تزويج ابنته، وخرج بقوله: مطلقًا أمور، أوردت على غيره، فراجعها من الدقائق ويصح من الأعمى التوكيل، فى البيع والشراء والهبة والإجارة والرهن، وإن كان لا تصح منه مباشرتها، ويجوز للولى أن يستنيب إذا ملك التزويج، بأن يكون مجبرًا كالأب والجد، أو وليًّا كالأخ، يوكل بعد أن يؤذن له فى النكاح؛ لأنه حينئذ يملكه، ولا يجوز للقاضى والوكيل أن يستنيبا فيما تولياه إلا إذا أذن لهما، أو كان ثم قرينة تدل على الإذن، مثل: أن يولى قطرا[٢] لا يمكنه أن يقضى فيه وحده لسعته، فله أن يستنيب فى قدر المعجوز عنه، وكذلك الوكيل إذا وكل فيما لا يمكنه الإتيان به، لكثرته، أو ترفعه عنه، استناب فيما لا يمكنه، وفعل ما يمكنه.

ثم اعلم أنه إذا أذن له أن يستنيب، فلا يخلو إما أن يقول: استنب عنى، أو عنك، أو يطلق، ففى الأولى النائب وكيل الموكل، ولا ينعزل بموت الوكيل، وفى الثانية هو وكيل الوكيل، فينعزل بعزله وبموته، وله عزله متى شاء، وفى الثالثة الأصح أنه لوقال: استنب عنى، لا ينعزل بموت الوكيل ولا عزله، فلو استناب عن نفسه عند الإطلاق لم يصح على الأصح، فإن فسق من استنابه عند الإطلاق لم يكن له عزله على الأقيس.

وقوله فى الحاوى: من متمكن منه كالأخ فى النكاح، إلى قوله: والأعمى بيعًا وشراء: فيه أمران:

أحدهما: قوله: كالأخ فى النكاح، جعل الأخ متمكنًا بمجرد كونه أخا، فلو مَثَّل بالأب[٣] لعلم أن الأخ بعد الإذن مثله، وقد أشار القونوى إلى أن الأخ متمكن وإن لم يؤذن له بقوله، فإنه متمكن من تزويج أخته فى الجملة، وذلك عند إذنها، كما قال فى العبد: تصح وكالته فى قبول النكاح ولو بغير إذن سيده، وقال: فإنه متمكن من قبوله لنفسه فى

---

(١) فى أ: يعلم.
(٢) فى أ: نظرًا.
(٣) فى ط: فلو فعل بالأب.

الجملة، وذلك عند إذن السيد له فيه، والذى اختاره المصنف وجه، والأصح خلافه.

الثانى: قوله: والأعمى، بيعًا وشراء، حصر ذلك فى البيع والشراء، فلو قال: فى نحو بيع وشراء، لكان أولى؛ ليشمل كل ما يشترط فيه الرؤية من الإجارة والرهن والهبة.

وقوله: وبطلت فيما سيملكه.

أى: وإذا وكله فى بيع عبد قبل أن يملكه أو طلاق قبل أن يتزوج، لغت الوكالة؛ لأن الموكل لا يصح منه تصرف قبل الملك، فلم يصح التوكيل فيه.

وقوله: لمتمكن من مثله، فى الجملة، لنفسه، كفاسق وعبد، وسفيه فى قبول نكاح ومحرم، لا لعقده فيه، وصدق مميز، وكطفل فى هدية وإذن فى دخول.

أى: وإنما يجوز أن يوكل فى التصرف من يتمكن من فعله لنفسه؛ كالعبد فى قبول النكاح، فإنه يجوز توكيله فيه، وإن لم يأذن له سيده؛ لأنه متمكن من ذلك لنفسه فى الجملة، وذلك إذا أذن له سيده، والفاسق والسفيه يتوكلان فى قبول النكاح كالعبد؛ لتمكن السفيه منه عند الإذن[1]، والفاسق مطلقا، وكذلك المحرم يجوز له أن يوكل فى عقد النكاح، لكن لا يعقد إلا بعد التحلل، فإن صرح له بالعقد فيه، لم تصح الوكالة، وكذلك الطفل المميز يجوز أن يعتمد قوله فى إيصال الهدية والإذن فى دخول الدار، فعلى هذا هو وكيل للمُهدى، والآذن، ولا يجوز للوكيل أن يوكل غيره فى حمل الهدية والإذن، إلا بإذن أو قرينة.

وقوله: بإيجاب، وفسد بتعليقها، لا بتعليق التصرف جعل لا تصرف وقته.

أى: لابد من لفظ يدل على الإذن فى التصرف، كوكلتك، فوضت إليك، وأنبتك، وكذا بع واشتر، ولا يشترط القبول باللفظ بل يكفى أن يتصرف؛ لأن حقيقة التوكيل رفع الحجر عن الوكيل، نعم يشترط ألا يرد، فإن رد ثم تصرف لم ينفذ؛ لأنها تبطل بالفسخ بعد الشروع، فبالرد قبله أولى.

وإن علق الوكالة، فقال: إذا جاء رأس الشهر فقد وكلتك، فهى وكالة فاسدة، فإن كانت بجعل فسدت، ووجب أجرة المثل، وإن تصرف فى الوقت الذى أذن له فيه، وهو بعد وجود الشرط، صح تصرفه بالإذن، فإن نجز الوكالة وعلق التصرف، فقال: وكلتك لكن لا تتصرف إلا إذا جاء رأس الشهر، صحت الوكالة ولزم الجعل.

وقوله: ويدار عزل كما أدبرت وكفى تكرير، لا فى كلما.

---

(١) فى أ: عند الآذان.

أى: وإذا أدار الوكالة بأن قال: وكلتك فى كذا، فإذا عزلتك فأنت وكيلى، وأراد التخلص من وكالته، فطريقه أن يدير العزل كما أدار الوكالة، ويقول: متى عدت وكيلى، فأنت معزول، ثم يعزله، فتقاوم الوكالة العزل، [وإن شاء قال: عزلتك عزلتك، يكرر العزل باللفظ، إلا إذا كانت الإدارة بكلما، فإنه لا يكفيه تكرير العزل](١)، بل لابد من إدارته بكلما؛ لأنها تقتضى التكرار أبدًا، بخلاف سائر أدوات الشرط فإنها تقتضى العود مرة واحدة، وإليه الإشارة بقوله: ويدار كما أديرت.

وقد يقال: الوكالة تفسد بالتعليق على الصحيح، فكيف فرع على الضعيف.

فنقول: هى وإن فسدت، فالتصرف نافذ، للإذن، فاحتاج إلى تعليق العزل ليبطل الإذن به.

وقوله: وباع إن أطلق، بثمن مثل، وما سمح به حالا، من نقد البلد، لا من نفسه، ونحو طفله وإن أذن.

أى: إذا أطلق الموكل الوكالة بالبيع صح، وكان للوكيل أن يبيع بثمن المثل حالا من نقد البلد، ولا يجوز أن يبيع بدون ثمن المثل ولا مؤجلا، ولا بعرض، ولا بغير نقد البلد، فإن باع العين بغبن(٢) يُتسامح بمثله فى العرف لم يضر، فإن كان كثيرًا فهو كالبيع بدون [ثمن](٣) المثل.

ولا يجوز أن يبيع من نفسه ولا من نحو طفله، وإن أذن له أن يبيع منهما على الصحيح؛ لأنه إنما جاز أن يتولى الأب الطرفين لعدم التهمة.

وقال الأذرعى فى شرح المنهاج: قال ابن الرفعة: إذا أذن له فى البيع من نفسه وقدر الثمن ومنع من الزيادة لا يبعد جوازه؛ لانتفاء التهمة، أما من ابنه الكبير وأبيه وزوجته فيصح على الأصح.

وقوله: فإن زيد قبل لزوم، فسخ، وإلا انفسخ.

أى: وإذا باع عند الإطلاق بثمن المثل ثم حصلت زيادة؛ بأن رغب فيه راغب بأكثر من ثمن المثل، وكان ذلك فى مدة الخيار، فإنه يجب على الوكيل أن يفسخ، فإن زاد العاقد الزيادة أمضى العقد، وإن لم يزد ولم يفسخ الوكيل انفسخ العقد؛ لأنه قبل اللزوم [كحالة العقد، ولو عقد بثمن المثل مع وجود الزيادة لم يصح العقد، وكذلك إذا حصلت قبل

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) فى ط: بيسير.
(٣) سقط فى ط.

اللزوم][1].

وقوله فى الحاوى: وإن زيد فى المجلس انفسخ، فيه أمران:

أحدهما: أنَ ذلك ليس مختصًا بالمجلس، بل لو زاد فى خيار الشرط، فحكمه كذلك، فلو قال: قبل اللزوم، لكان عامًا.

الثانى: أنه قضى بأنه ينفسخ بنفس الزيادة، وليس كذلك، بل يجب على الوكيل أن يفسخ العقد، فإن لم يفسخ وباذل الزيادة باق على رغبته انفسخ العقد، فإن بدا له فى الزيادة، فلا فسخ.

وقوله: وله شرط خيار له، ولموكله فقط، فإن أمر به وجب، وعليه شرط خيار أمر به ولو لأجنبى.

أى: وإذا وكله فى البيع [والشراء][2] جاز له أن يشرط الخيار لنفسه، وجاز أن يشرطه للموكل؛ لأن ذلك لا يضر الموكل[3]، ولا يجوز أن يشرطه لغيرهما، فإن فعل لم يصح، فإن أمره بشرط الخيار تعين عليه ذلك، فإن لم يفعل لم يصح.

وقوله فى الحاوى: ولا بشرط الخيار، مقتضاه أن الوكيل ممنوع من شرط الخيار مطلقًا، والأصح أن له شرطه لنفسه وللموكل، ذكره فى العزيز والروضة، وغيرهما، مع أنه قد ذكر فى الخيار إشارة إلى الجواز.

وقوله: وله قبض حال، ثم إقباض.

أى: وللوكيل فى البيع قبض الثمن الحال، وفى الشراء قبض المبيع أولا ثم الإقباض بعد ذلك، فإن سلم الوكيل المبيع قبل قبض الثمن، أو الثمن قبل قبض المبيع، لم يجز، وضمن.

وقوله: فإن قال: أجل، فالعرف.

أى: إذا وكله فى البيع مؤجلا ولم يبين له الأجل صح على الأصح، وحمل على العرف، فإن باعه حالا بقيمته مؤجلًا، نظرت: فإن كان له فى التأجيل غرض، بأن كان يحفظه مؤنة، أو كان وقت نهب - لم يجز، وإلا جاز على الأصح.

وقوله: وانعقد لموكل معيب جهل، ولكل رد، لا لراض، ولا لوكيل إن رضى موكل، أو اشترى ما عين بعين ماله.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) سقط فى ط.

(٣) فى ط: لا يغير الموكل.

أى: وإذا اشترى الوكيل معيبًا ولم يعلم بالعيب، وقع الشراء للموكل، ثم للموكل رده بالعيب، وكذا الوكيل، إلا فيما سيأتى، وليس لمن رضى منهما أن يرد، فإن رضى الموكل ولم يرض الوكيل فلا رد؛ لأن المعتبر رضا المالك، وإن رضا الوكيل ولم يرض الموكل رد الموكل؛ لأنه المالك، وهذا إذا اشترى فى الذمة، أو غير معين، أما إذا اشترى المعيب المعين بعين مال الموكل لم يثبت الرد، إلا للموكل فقط، والفرق أنه قطع نظره، ولم يبق عهدة تتعلق بالوكيل هنا.

وقوله فى الحاوى: لا إن رضى الموكل، أو غبن المشترى[1] بالعين، مقتضاه أن رضا الوكيل بالعيب، لا يسقط خياره فيه، بل إذا عاد ورد جاز، وذلك وجه والأصح خلافه.

وقوله: وتعين بتعيينه سوق، لا إن قدر الثمن، ومشتر، وقدر وزمان، وجنس، ويبدل لمصلحة، إن لم ينه بقدر، لا إن عين مشتر، وبأجل وحلول.

أى: إذا أمر الموكل الوكيل ببيع ماله فى سوق، لم يجز له البيع فى غيره إن كان له فيه غرض، وكذا إذا لم يكن على الأصح، نعم إن كان قد قدر له الثمن فالأصح أنه لا يتعين السوق، فإن قال: بع من زيد لزمه[2] أن يبيع منه؛ لجواز اختياره لكونه أحسن معاملة أو أحل مالًا أو لغرض آخر، وكذلك إذا عين القدر مثل أن يقول: بع عبدى بمائة، لكونه أحسن لزمه ألا ينقص عن المائة، وكذا إن عين الزمان لم يجز البيع قبله ولا بعده، وكذا إذا عين له جنسًا كأن قال: بع بألف درهم، فإنه لا يجوز أن يبيع بألف مثقال؛ لعدم الامتثال فيما أمر به، نعم يجوز أن يبدل بما ذكرناه بالقدر للمصلحة، وذلك مثل أن يأمره ببيع عبد بمائة فيبيعه بمائة وعشرة مثلا، فإنه يجوز للمصلحة. أو بشرائه[3] بمائة وعشرة، فيشتريه بمائة، فإنه يجوز.

وكذا يبدل بالأجل، مثل أن يقول: بعه بمائة مؤجلة شهرا، فيبيعه بمائة حالة، أو مؤجلة نصف شهر، أو يقول: اشتر لى عبد فلان بمائة حالة، فيشتريه بمائة مؤجلة، ولم يكن لحفظه مؤنة، ولا فى زمن نهب، فإنه يجوز للمصلحة، إلا إذا أمر أن يبيع بالمائة من رجل معين فإنه لا تجوز مخالفته؛ لأنه قد يقصد الرفق به، أو محاباته، فلا يجوز أن يفوت عليه غرضه.

وقوله فى الحاوى: وإذا عين المشترى والقدر والزمان والسوق والجنس تعين، ويبدل

---

(١) فى ط: إذا عيّن المشترى.
(٢) فى أ: لزيد.
(٣) فى أ: أو اشترائه.

القدر والأجل والحلول بالمصلحة، ما لم ينه، فيه أمران:

أحدهما: قوله: والسوق، مقتضاه: أنه يتعين على الوكيل [البيع فيه بتعيينه مطلقا][(١)]، وليس كذلك، بل إذا قدر له الثمن، لم يتعين السوق، وإن عينه، كما نقله فى الروضة عن صاحب الشامل والتتمة وغيرهما.

الثانى: قوله: ويبدل القدر والأجل والحلول بالمصلحة ما لم ينه، مقتضاه: أنه إذا عين له المشترى أن إبدال القدر جائز، وليس كذلك، بل لا يجوز؛ لأنه قد يقصد إرفاقه بالبيع، بخلاف ما إذا قال له: اشتر عبد فلان بمائة، فإنه يجوز أن يشترى بخمسين إن لم ينه، والفرق بينهما وبين ما إذا قال: بع عبدى من فلان بمائة حيث لا يجوز له بيعه بأكثر، أنه فى البيع ممنوع فيما زاد عن المائة، فلا يجوز قبض ما منع منه، وفى الشراء مأمور بدفع مائة، ودفع الوكيل بعض المأمور به مأمور به، كما ذكره فى الروضة.

وقوله: وبشاة بدينار شاتين، إحداهما تساويه.

أى: ويبدل الشاة بدينار شاتين كما وصف، فإذا وكله رجل فى شراء شاة موصوفة بدينار، فاشترى به شاتين بتلك الصفة كل واحدة تساوى دينارًا، صح الشراء فيهما للموكل على الأظهر، وإن لم يكن فيهما ما يساوى دينارًا لم يصح الشراء له فيهما، وكذا إذا ساوت واحدة، ولكن ليست على ما وصف؛ لأنه لم يفعل ما أمر، وإن ساوت إحداهما دينارًا والأخرى أقل منه، صح الشراء للموكل أيضا على المذهب، واشترط فى الحاوى أن تساوى كل واحدة دينارًا، والمذهب كما ذكره النووى فى الروضة أنه لا يشترط، والأصل فى ذلك قصة عروة البارقى، فإنه سلم إليه النبى ﷺ دينارًا ليشترى به شاة ووصفها، فاشترى به شاتين، وباع إحداهما بدينار وأتاه بدينار وشاة[(٢)].

فإن قيل: [هل][(٣)] يجوز فى مسألتنا هذه أن يبيع إحدى الشاتين، ويأتيه بشاة بدينار وقيمة الأخرى.

قلنا: لا، وأما حديث عروة فلعله كان مأذونًا له فى بيع ما رآه مصلحة فى ماله ﷺ.

فإن قيل: كيف جاز له أن يوكله فيما ستملك؟ قلنا: إذا وكله[(٤)] فى بيع ما يراه مصلحة من ماله، دخل غير الموجود، تابعًا للموجود[(٥)]، وإنما يبطل إذا خصص الوكالة بما

---

(١) فى ط: البيع فيه بنفسه.
(٢) تقدم.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى أ: إذا وكلته.
(٥) فى ط: تابعًا للمأخوذ.

سيملك، ألا تراه لو قال: وقفت على من سيولد لى لم يجز، ولو قال: على أولادى ومن سيولد جاز.

وقوله: ووكيل خصومة، لا يستوفى كعكسه، ولا يقر وانعزل به، فإن أبرأ أو صالح لغا كشهادته له فيها لا إن انعزل قبل خوض.

أى: وإذا وكل رجلا فى خصومة آخر، كإثبات حق له عليه، لم يكن له أن يستوفيه، وإن وكله فى الاستيفاء منه، لم يكن وكيلًا فى خصومته؛ لأن كلًّا منهما ليس من لوازم الآخر، بخلاف القبض والإقباض فى البيع، فإنهما من لوازمه، وليس للوكيل فى الخصومة أن يقر لخصم موكله، فإن فعل انعزل؛ لاعترافه أن مطالبته لا تجوز، وإن أبرأ غريم موكله أو صالحه على شىء لغا ولم ينعزل؛ لأنه باطل، وكذا إذا شهد لموكله فى الخصومة التى وكل فيها لم يقبل ولم ينعزل، لكنه إذا عزل قبل الخوض فى الخصومة وشهد لموكله قبلت شهادته لعدم التهمة.

وقوله فى الحاوى: وبالخصومة لا يقر ولا يصالح ولا يبرئ ولا يشهد له فيها إلا إن عزل قبل الخوض: قضى بمنع الوكيل من هذه الأشياء، ولم يبين ما حكمها، إذا فعلها، وحكمها مختلف فإن الإقرار ينعزل به الوكيل لما بيناه، وكذا بشهادة على الموكل، ولا ينعزل بالإبراء إلا بالمصالحة والشهادة للموكل.

وقوله: فإن قال: اعف عن القود بخمر، فعفا به لا بغيره - صح بالدية.

أى: وإذا وكله ولى القصاص أن يعفو عن القصاص بعوض فاسد، كالخمر، فإن امتثل وعفا على الخمر صح العفو، وسقط القصاص ووجبت الدية؛ لكون العوض فاسدًا، وإن لم يمتثل وصالح بفاسد آخر كالخنزير أو بدراهم أو بالدية، لم يصح على الأصح لعدم الامتثال.

وقوله فى الحاوى: وبالصلح عن الدم على الخمر، إن فعل صح العفو لا عن خنزير[1] كعكسه: يوهم تخصيص البطلان بما إذا خالف فى الفاسد بفاسد آخر، وليس كذلك، بل لو صالح فى هذه الصورة على الدية فهو كما لو صالح على خنزير، والأصح فيهما البطلان.

وقوله: ولغا توكيل فى تصرف فاسد.

أى: وإذا وكله أن يتصرف تصرفًا فاسدًا، لم يملك الصحيح ولا الفاسد، بخلاف ما إذا

---

(١) فى أ: لا على خنزير.

فسدت الوكالة بغير ذلك كتعليقها بشرط ونحوه فإنها تفسد وينفذ التصرف، وهذا معنى قوله فى الحاوى: ويفسد بالتصرف الفاسد، فحرف الجر متعلق بالوكالة، وإن سبق إلى الفهم، أنه متعلق بقوله: ويفسد.

وقوله: وبيع جرد لموكله، وبمخالفة بيع، وكذا اشتراء بعين لا فى ذمة، بل تقع له، وإن سمى موكله.

أى: ولغا بيع جرد لموكله، فإذا قال: بعت موكلك هذا العبد فقال: قبلته له، فهو باطل لعدم المخاطبة بينهما، وللعقد أحكام فى المجلس وغيره تتعلق بالعاقدين كالخيار والتسليم والقبض، فلابد من موجب العلقة[1] بخلاف النكاح فإنه لا عهدة عليه تتعلق بالوكيل، بل لا يصح فيه إلا إذا سميا الموكل لتقع الشهادة المشروطة فى العقد عليه، فإن أمر الموكل بالبيع على صفة فعقد بخلافها؛ بأن قال: بع مثلا بذهب فباع بفضة أو عكسه لغا العقد، وكذا إن خالفه فى الشراء بأن قال: اشتر عبدا حبشيًّا فاشترى نوبيًّا، أو شرط الخيار للبائع بلا إذن ونحوه، فإنه ينظر: إن عقد بعين مال الموكل بطل كما إذا قال: بع العبد، فباع الجارية، وإن اشتراه فى الذمة وقع للوكيل سواء سمى موكله أم لا؟ ولو قال: اشتر فى الذمة [ثم انقد المال فيه، فاشتراه بعين ماله لم يصح؛ لأنه عقد بعين ماله على غير الوصف، ولو اشتراه فى الذمة][2] كما أمر ثم سلم المال من نفسه وقع للموكل، ولم يرجع عليه؛ لأنه قضى دينه بغير إذنه.

وقوله: وتعلق حكم عقد بوكيله، وطولبا بالدين، كعامل ورب المال.

أى: وأحكام عقد البيع والشراء ونحوه تتعلق بالوكيل، فتعتبر رؤيته ويلزمه لمفارقته المجلس، ولا تعتبر رؤية الموكل ولا مفارقته المجلس إن حضر، وكذلك فى تقابض الربوى وقبض رأس مال السلم فى المجلس، فلو أجاز الموكل العقد قبل التفرق كان للوكيل فسخه، نقله فى العزيز والروضة عن التتمة.

وأما الثمن: فيطالبان به جميعًا للوكيل والموكل، وكذا العامل ورب المال، وأما الملك فيختص به الموكل، ولا يدخل أولا فى ملك الوكيل على الأصح؛ لأنه لو دخل لعتق عليه أبوه.

وقوله: وينعزل بعزل واحد، وجحده بلا عذر وبزوال أهليته كإغمائه وزوال ملكه أو منفعته.

---

(١) فى ط: موجب العقد.

(٢) ما بين المعقوفين سقط فى أ.

أى: وينعزل الوكيل بعزل واحد وهو إما نفسه أو الموكل[١]؛ لأن العقد جائز من الجانبين جميعًا، ويؤخذ من هذا الإطلاق أنه ينعزل وإن لم يعلم، وهو الأظهر من القولين، كما لو زالت أهليته، فإنه ينعزل وكيله، وإن لم يعلم، وإنما عدم انعزال القاضى قبل بلوغ الخبر إليه؛ فلما يترتب على علمه من المصالح الكلية.

وينعزل أيضًا بجحد [كل][٢] واحد منهما للوكالة من غير عذر، بأن جحد وهو عالم غير محتاج إلى الجحد، وأما إذا جحد ناسيًا، أو قبل العلم بالنيابة، أو بعده لكنه خاف ضررًا ونحوه لم ينعزل، وكذا إذا جن أحدهما، أو أغمى عليه، انعزل إلا إذا أغمى على موكله فى الرمى فإنه لا ينعزل وكيله على الأصح، وقد سبق ذكره فى الحج.

وينعزل الوكيل بالحجر عليه لسفه، أو فلس، وباسترقاقه، وينعزل بزوال الملك فيما وكله فيه، فإن باعه الموكل، أو أعتقه أو باعه الوكيل، ثم عاد إليه بعيب ونحوه، لا يملك بيعه ثانيًا على الأصح، وكذا بزوال منفعته بأن أجره أو زوج الجارية، ولا يخفى أن الرهن كزوال الملك؛ لامتناع تصرف المالك فيه.

وقوله فى الحاوى: وينعزل بعزل واحد وجحده بالعلم بلا غرض، وزوال أهلية واحد؛ كالإغماء وزوال الملك ورد الوكيل، فيه أمور:

أحدها: قوله: وزوال أهلية واحد كالمصرح بأن الضمير فى قوله: وجحده عائد إلى الوكيل خاصة والجحد من كل منهما بلا عذر عزل، فكان الصواب أن يقول: وجحده وزوال أهليته.

الثانى: أنه اقتصر على زوال الملك فيما وكل فيه، فأوهم أنه لو أجره أو زوج الجارية لم ينعزل، وليس كذلك، كما هو مذكور فى العزيز والروضة.

الثالث: قوله: ورد الوكيل، قد سبق قوله: وبعزل واحد، وهو داخل فيه، فإن قوله: رددت الوكالة كقوله: فسختها.

وقوله: لا بتعد وضمن به، لا بعد بيع، أو إقباض، ولا الثمن، وعاد إن عاد بفسخ.

أى: ولا ينعزل بالتعدى فيما وكله فيه، لكنه يصير ضامنًا له، فإن باعه بالوكالة وأقبضه برئ من الضمان، وكان الثمن فى يده أمانة، ولكن إن عاد إليه [المبيع][٣] بفسخ ونحوه عاد الضمان.

---

(١) فى ط: إما نفس الموكل.
(٢) سقط فى ط.
(٣) سقط فى ط.

وقوله فى الحاوى: وضمن لا ثمنه، ولا إن باع وسلم: مقتضاه أنه بما يضمنه إذا لم يبع ولم يسلم، فإذا باع وسلم بان أن لا ضمان، وليس كذلك، بل يكون ضامنًا ثم سقط عنه الضمان بالبيع، وتلزمه الأجرة للمدة الماضية.

وقوله: وحلف نافى إذن، وصفته، وتصرف وكيل، وقبض ثمن مبيع [ما سلم][1] أو سلم بحق.

أى: إذا اختلفا؛ فقال مدعى الوكالة: أذنت لى فى بيع الثوب، وقال المالك: ما أذنت لك، فالقول قوله مع يمينه، وكذلك القول قول نافى صفة الإذن، كأن قال: أذنت لى فى البيع مؤجلًا، فقال: لم آذن فى الأجل، أو أذنت لى فى البيع بعشرة، أو فى بيعه كله، فالقول قول النافى؛ لأن الأصل عدم ما ادعاه، وكذلك إذا اختلفا فى التصرف فقال الوكيل: تصرفت، فقال المالك: لم تتصرف بعد، فالقول قول المالك، وإن كان قبل العزل على المذهب؛ لأن الأصل عدم تصرفه.

وإن اختلفا؛ فقال الوكيل: قبضت الثمن وتلف فى يدى، وقال المالك: لم تقبضه بعد، فإن كان المبيع باقيا فى يده، فالقول قول المالك على الأصح؛ لأن الأصل أنه لم يقبض الثمن، وإن كان بعد قبض المبيع فالقول قول الوكيل على الأصح؛ لأنه أمين، وتسليم المبيع قبل قبض الثمن تقصير وخيانة فلا يصدق عليه لذلك، نعم إن كان قد أذن له فى تسليم المبيع قبل قبض الثمن أو فى البيع بمؤجل، أو لم يأذن وكان فى التأجيل مصلحة، لم يكن خائنا ولا مقصرًا بالتسليم إليه؛ فيكون الأصح أن القول قول المالك.

فقوله فى الإرشاد: أو سلم بحق يشمل ذلك كله.

وقوله فى الحاوى: وقبض الثمن قبل تسليم المبيع، مقتضاه أنه بعد التسليم لا يقبل قول الموكل مطلقًا، وليس كذلك، بل إذا كان التسليم بإذنه قبل قوله، وله المطالبة؛ لما بيناه.

وقوله: وإن اشترى له جارية، فحلف لقد خالفه، والبائع مقر بالمال لموكله، فلا شراء، أو منكره وقعت للوكيل إن كذب وعقد فى الذمة، وإلا وقعت له ظاهرًا، وله بيعها ليستوفى إن لم يبعه الموكل، ولو بأن كنت أذنت فقد بعتكها، أو البائع إن كذب والشراء بالعين.

أى: وإذا وكله فى شراء جارية بعشرين دينارًا مثلا، وكان البائع معترفًا بأنه وكله والمال

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

ماله، فأنكر الموكل الإذن بذلك وحلف ما أذنت له إلا بعشرة - فلا شراء؛ لأن الموكل أنكر الإذن الذى يصح به الشراء.

وإن أنكر البائع وكالته، نظرت: فإن كان الوكيل كاذبا وكان الثمن فى ذمته، فإن الجارية تقع له ظاهرًا وباطنًا؛ لأنه خالف الموكل، فوقع العقد له.

وإن كان صادقًا لم يحل له وطؤها، لكن له بيعها ليستوفى؛ لأن الموكل ظلمه بأخذ المال منه، وقد ظفر بماله فله بيعها للاستيفاء منه، وإن كان الشراء بالعين وهو كاذب لم يكن له بيعها؛ لأنها ملك للبائع، فكيف يشتريها من الموكل لكن البائع ظلمه بأخذ الثمن منه، فإن باعها منه، وإلا فله بيعها.

وقوله فى الحاوى: فإذا اشترى جارية بعشرين وحلف أنه لم يأذن فيه واعترف البائع بوكالته، اندفع الشراء، وإن أنكر فيقول للوكيل: بعتك بعشرين وإن أذنت فقد بعتك صح، وإلا فلا تحل له، وله بيعها: فيه أمران:

أحدهما: أنه حرم على الوكيل وطؤها مطلقًا، وقد ذكرنا أنها تحل له فى حالة وهى إذا كان كاذبًا والشراء فى ذمته؛ كما بيناه أولا.

والثانى: أنه جوز له شراءها من الموكل مطلقا، وذلك لا يجوز حين يكون كاذبًا، والشراء بالعين؛ لما بيناه أنها تكون ملكًا للبائع.

وقوله: ولغير مصدق فى أداء حبس لإشهاد، ولإثبات وكيل لا وارث ومحتال إن صدق.

أى: من كان تحت يده مال لغيره فلا يخلو: إما أن يكون مصدقا فى الرد أو لا، فإن كان مصدقًا كالمودع والوكيل، فليس له حبس المال عمن ائتمنه، طلبًا للإشهاد عليه على الأصح؛ لأنه مصدق فى الرد.

وإن كان لا يصدق كالوصى والغاصب والمستعير والمستأجر(١)، فله حبسه، وكذا المؤتمن فى التسليم إلى وكيل المالك؛ لأنه لا يؤمن(٢) من الجحود والتسليم ثانيا، ولكل التأخير عن وكيل المالك إلى إثباته بالوكالة سواء صدق أم لا، فإن جاء وارث المالك إلى وديعه أو غاصبه فطلب منه المال وصدقه أنه وارثه، لم يكن له تكليفه الإثبات، وكذا المحتال إذا صدقه فى الحوالة عليه؛ لأنه اعترف لهما بالملك، وأما الحبس للإشهاد، إن كان عليه شهود فله وإلا فوجهان، والمستعير أولى.

---

(١) فى ط: والمستام.
(٢) فى أ: لأنه يأمن.

وقوله: وضمن مؤتمن ومديون، أديا، بإذن مالك غائب بلا إشهاد لا إن صدق.

أى: وإذا كان لرجل عند آخر مال أو له عليه دين، وأمره بتسليمه إلى غريم ونحوه - فحقه أن يشهد عليه، فإن سلم المال من غير إشهاد نظرت: فإن كان المالك حاضرا لم يضمن على الأصح، وإن كان غائبًا وجحد الغريم حلف المؤدى إن كذبه المالك، وإن صدقه لم يضمن على الأصح.

وقوله فى الحاوى: وضمن الوكيل لا المودع بتركه: فيه أمران:

أحدهما: أنه ألزم الوكيل الضمان بترك الإشهاد مطلقًا، والأصح أنه إذا سلم بحضرة الموكل لم يضمن.

الثانى: أنه أسقط الضمان [عن المؤدى إذا](١) لم يشهد وأطلق، وليس على إطلاقه، بل ذلك إذا صدقه الموكل، فإن كذبه ضمن كما هو المعروف فى المذهب.

وقوله: وإن جحد وكيل قبض ثمن، وثبت ضمن، لا إن أثبت بتلف قبل جحد، أو برد، وصدق، وفى تلف بعده ليضمن.

أى: وإذا قبض الوكيل الثمن ثم جحد نظرت: فإن قال: لا تستحق علىَّ شيئًا ثم ادعى التلف أو الرد، صدق؛ إذ لا تناقض فى كلامه.

وإن قال: لم توكلنى أو لم أقبض فأقام الموكل البينة على ما أنكره، لم يصدق فى دعوى التلف والرد.

وهل تسمع بينته، إن أقامها؟ فيه وجهان، الأصح أنها تسمع.

فإذا سمعت نظرت: فإن شهدت بالرد فلا كلام.

وإن شهدت بالتلف نظرت: فإن شهدت بأنه كان قبل الجحد سقط الغرم وإلا وجب، وإن ادعى التلف بعد الجحود صدق بيمينه، وغرم القيمة لعداوته(٢).

وقوله فى الحاوى: [وضمن](٣) وإن ثبت قبض الموكل لم تسمع بينة التلف والرد قبل الجحد وبعده تسمع بينة الرد، ويصدق فى التلف، ويضمن قطع بأنه(٤)، إذا ثبت بأنه(٥) تلف أو رده أولا قبل جحوده، لا تسمع البينة، والأصح أنها تسمع كما صححه الرافعى والنووى ونسبا تصحيح مقابله إلى الإمام والغزالى، فقط، وأنه لا يضمن والحالة هذه.

---

(١) فى ط: عن مودع.
(٢) فى أ: لعدوانه.
(٣) سقط فى ط.
(٤) فى ط: قطعا بإذن.
(٥) فى ط: إذا ثبت بإذنه.

الإقرار(١)

وقوله: باب: يؤاخذ مكلف أقر عن رضا.

---

(١) من معانى الإقرار فى اللغة: الاعتراف. يقال: أقر بالحق إذا اعترف به. وأقر الشىء أو الشخص فى المكان: أثبته وجعله يستقر فيه. وفى اصطلاح الفقهاء، الإقرار: هو الإخبار عن ثبوت حق للغير على المخبر، وهذا تعريف الجمهور. وذهب بعض الحنفية إلى أنه إنشاء، وذهب آخرون منهم إلى أنه إخبار من وجه، وإنشاء من وجه.

الأصل فى الإقرار بحقوق العباد الوجوب، ومن ذلك: الإقرار بالنسب الثابت لئلا تضيع الأنساب، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم «قال حين نزلت آية الملاعنة: أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله عنه وفضحه الله على رءوس الأولين والآخرين» وكذلك الإقرار بالحق الذى عليه للغير إذا كان متعينا لإثباته؛ لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

وقد ثبتت حجية الإقرار بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول. أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ﴾ [البقرة: ٢٨٢] أمره بالإملال، فلو لم يقبل إقراره لما كان لإملاله معنى. وقوله تعالى: ﴿بَلِ ٱلْإِنسَٰنُ عَلَىٰ نَفْسِهِۦ بَصِيرَةٌ﴾ [القيامة: ١٤] أى شاهد كما قاله ابن عباس. وأما السنة: فما روى أنه عليه الصلاة والسلام «رجم ماعزا والغامدية بإقرارهما»، فإذا وجب الحد بإقراره على نفسه فالمال أولى أن يجب. وأما الإجماع: فلأن الأمة أجمعت على أن الإقرار حجة قاصرة على المقر، حتى أوجبوا عليه الحدود والقصاص بإقراره، والمال أولى. وأما المعقول: فلأن العاقل لا يقر على نفسه كاذبا بما فيه ضرر على نفسه أو ماله، فترجحت جهة الصدق، فى حق نفسه، لعدم التهمة، وكمال الولاية.

وأثر الإقرار ظهور ما أقر به، أى ثبوت الحق فى الماضى، لا إنشاء الحق ابتداء، فلو أقر لغيره بمال والمقر له يعلم أن المقر كاذب فى إقراره، لا يحل له أخذ المال عن كره منه فيما بينه وبين الله تعالى، إلا أن يسلمه إياه بطيب نفس منه فيكون تمليكا مبتدأ على سبيل الهبة. وقال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه: حكمه لزوم ما أقر به على المقر.

والإقرار خبر، فكان محتملا للصدق والكذب باعتبار ظاهره، ولكنه جعل حجة لظهور رجحان جانب الصدق فيه، إذ المقر غير متهم فيما يقر به على نفسه. قال ابن القيم: الحكم بالإقرار يلزم قبوله بلا خلاف. والأصل أن الإقرار حجة بنفسه، ولا يحتاج لثبوت الحق به إلى القضاء، فهو أقوى ما يحكم به، وهو مقدم على البينة؛ ولهذا يبدأ الحاكم بالسؤال عنه قبل السؤال عن الشهادة. قال القاضى أبو الطيب: ولهذا لو شهد شاهدان للمدعى ثم أقر المدعى عليه حكم بالإقرار وبطلت الشهادة. ولذا قيل: إنه سيد الحجج. على أن حجيته قاصرة على المقر وحده لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه. فلا يصح إلزام أحد بعقوبة نتيجة إقرار آخر بأنه شاركه فى جريمته. وهذا ما جرى عليه القضاء فى عهد الرسول صلى الله عليه وسلم. فقد روى أن «رجلا جاء إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال: إنه قد زنى بامرأة - سماها - فأرسل النبى صلى الله عليه وسلم إلى المرأة فدعاها فسألها عما قال، فأنكرت فحده وتركها». غير أن هناك بعض حالات لا بد فيها للحكم بمقتضى الإقرار من إقامة البينة أيضا، وهذا إذا ما طلب تعدى الحكم إلى الغير. فلو ادعى شخص على مدين الميت أنه وصيه فى التركة، وصدقه المدين فى دعوى الوصاية والدين، فإن الوصاية لا تثبت بهذا الإقرار بالنسبة لمدين آخر ينكر الوصاية وإنما يحتاج إلى بينة. وفى الدر المختار: أحد الورثة أقر بالدين المدعى به على مورثه، وجحده =

أى: فلا يؤاخذ الصبى[١] والمجنون والمكره[٢]، وقد ذكر حكم المحجور عليه فى بابه[٣]، ودخل السكران[٤] فى المكلف والمريض والرقيق فإنهم مكلفون، ولم يتعرض فى

= الباقون، يلزمه الدين كله إن وفت حصته من الميراث به، وقيل: لا يلزمه إلا حصته من الدين رفعا للضرر عنه؛ لأنه إنما أقر بما يتعلق بكل التركة. وهو قول الشعبى والبصرى والثورى ومالك وابن أبى ليلى، واختاره ابن عابدين، ولو شهد هذا المقر مع آخر أن الدين كان على الميت قبلت شهادته، ولا يؤخذ منه إلا ما يخصه. وبهذا علم أنه لا يحل الدين فى نصيبه بمجرد إقراره، بل بقضاء القاضى عليه بإقراره. يقول ابن عابدين: ولو أقر من عنده العين أنه وكيل بقبضها لا يكفى إقراره، ويكلف الوكيل إقامة البينة على إثبات الوكالة حتى يكون له قبض ذلك. ثم الإقرار حجة فى النسب، ويثبت به النسب إلا إذا كذبه الواقع، كأن يقر بنسب من لا يولد مثله لمثله.

(١) البلوغ ليس بشرط لصحة الإقرار فيصح إقرار الصبى العاقل المأذون له بالدين والعين؛ لأن ذلك من ضرورات التجارة، ويصح إقراره فى قدر ما أذن له فيه دون ما زاد، ونص الحنابلة على أنه المذهب وعليه جمهور الأصحاب، وهو قول أبى حنيفة. وقال الشافعى: لا يصح إقراره بحال لعموم الخبر: «رفع القلم عن ثلاثة، عن الصبى حتى يبلغ، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ» ولأنه لا تقبل شهادته، وفى قول عند الحنابلة: إنه لا يصح إقرار المأذون له إلا فى الشىء اليسير. إلا أنه لا يصح إقرار المحجور عليه؛ لأنه من التصرفات الضارة المحضة من حيث الظاهر. ويقبل إقرار الصبى ببلوغه الاحتلام فى وقت إمكانه، إذ لا يمكن معرفة ذلك إلا من جهته، وكذا ادعاء الصبية البلوغ برؤية الحيض. ولو ادعى البلوغ بالسن قبل ببينة، وقيل: يصدق فى سن يبلغ فى مثلها، وهى تسع سنين، وقيل: عشر سنين، وقيل: اثنتا عشرة سنة، ويلزمه بهذا البلوغ ما أقر به. وأفتى الشيخ تقى الدين: فيمن أسلم أبوه، فادعى أنه بالغ، بأنه إذا كان لم يقر بالبلوغ إلى حين الإسلام فقد حكم بإسلامه قبل الإقرار بالبلوغ. وذلك بمنزلة ما إذا ادعت انقضاء العدة بعد أن ارتجعها، وقال: هذا يجىء فى كل من أقر بالبلوغ بعد حق ثبت فى حق الصبى، مثل الإسلام، وثبوت أحكام الذمة تبعا لأبيه.

(٢) قال فى لسان العرب: أكرهته، حملته على أمر هو له كاره - وفى مفردات الراغب نحوه - ومضى صاحب اللسان يقول: وذكر الله عز وجل الكره والكره فى غير موضع من كتابه العزيز، واختلف القراء فى فتح الكاف وضمها. قال أحمد بن يحيى: ولا أعلم بين الأحرف التى ضمها هؤلاء وبين التى فتحوها فرقا فى العربية، ولا فى سنة تتبع. وفى المصباح المنير: الكره (بالفتح): المشقة، وبالضم: القهر، وقيل: (بالفتح): الإكراه، وبالضم المشقة. وأكرهته على الأمر إكراها: حملته عليه قهرا. يقال: فعلته كرها «بالفتح» أى إكراها - وعليه قوله تعالى: ﴿طَوْعًا وَكَرْهًا﴾ [آل عمران: ٨٣] فجمع بين الضدين. ولخص ذلك كله فقهاؤنا إذ قالوا: الإكراه لغة: حمل الإنسان على شىء يكرهه، يقال: أكرهت فلانا إكراها: حملته على أمر يكرهه. والكره «بالفتح» اسم منه (أى اسم مصدر). أما الإكراه فى اصطلاح الفقهاء فهو: فعل يفعله المرء بغيره، فينتفى به رضاه، أو يفسد به اختياره. وعرفه البزدوى بأنه: حمل الغير على أمر يمتنع عنه بتخويف يقدر الحامل على إيقاعه ويصير الغير خائفا به. أو هو: فعل يوجد من المكره (بكسر الراء) فيحدث فى المحل (أى المكره بفتح الراء) معنى يصير به مدفوعا إلى الفعل الذى طلب منه. والمعنى المذكور فى هذا التعريف، فسروه بالخوف، ولو مما يفعله الحكام الظلمة بالمتهمين كيدا. فإذا كان الدافع هو الحياء مثلا، أو التودد، فليس بإكراه.

(٣) السفيه بعد الحجر عليه لا يصح إقراره بالمال؛ لأنه من التصرفات الضارة المحضة من حيث الظاهر، وإنما قبل الإقرار من المأذون للضرورة. وإذا بلغ الصبى سفيها أو ذا غفلة وحجر عليه بسبب ذلك أو اعتبر محجورا عليه فإنه فى تصرفاته المالية الضارة يأخذ حكم الصبى المميز، فإذا تزوج وأقر بأن =

الحاوى لاختيار المقر[١].

وقوله: كعلى، فى ذمتى، عندى، معى.

أى: هذه صيغ[٢] الإقرار، فإذا قال له: فى ذمتى ألف لم يقبل تفسيره إلا بالدين، فإن

= المهر الذى قرره لها أكثر من مهر المثل فالزيادة باطلة، وهكذا فإن القاضى يرد كل تصرفاته المالية الضارة. وعلى القول بأن الحجر عليه لا بد من الحكم به ولا يكون تلقائيا بسبب السفه فإن السفيه المهمل - أى الذى لم يحجر عليه - يصح إقراره. ونص الشافعية على أنه لا يصح إقراره بنكاح، ولا بدين أسند وجوبه إلى ما قبل الحجر، أو إلى ما بعده، ولا يقبل إقراره بعين فى يده فى حال الحجر، وكذا بإتلاف مال الغير، أو جناية توجب المال فى الأظهر. وفى قول عندهم يقبل؛ لأنه إذا باشر الإتلاف يضمن، فإذا أقر به قبل إقراره، ويصح إقراره بالحد والقصاص لعدم تعلقهما بالمال، وسائر العقوبات مثلهما لبعد التهمة، ولو كان الحد سرقة قطع، ولا يلزمه المال. وذكر الأدمى البغدادى من الحنابلة: أن السفيه إن أقر بحد أو قود أو نسب أو طلاق لزم - ويتبع به فى الحال - وإن أقر بمال أخذ به بعد رفع الحجر عنه. والصحيح من مذهب الحنابلة: صحة إقرار السفيه بالمال سواء لزمه باختياره أو لا، ويتبع به بعد فك الحجر عنه، وقيل: لا يصح مطلقا، وهو احتمال ذكره ابن قدامة فى المقنع فى باب الحجر، واختاره هو والشارح.

(٤) السكران: من فقد عقله بشرب ما يسكر، وإقرار السكران جائز بالحقوق كلها إلا الحدود الخالصة، والردة بمنزلة سائر التصرفات. وهذا عند الحنفية والمزنى من الشافعية وأبى ثور إذا كان سكره بطريق محظور؛ لأنه لا ينافى الخطاب، إلا إذا أقر بما يقبل الرجوع كالحدود الخالصة حقا لله تعالى؛ لأن السكران يكاد لا يثبت على شىء فأقيم السكر مقامه فيما يحتمل الرجوع فلا يلزمه شىء. وإن سكر بطريق غير محرم، كمن شرب المسكر مكرها لا يلزمه شىء، وكذا من شرب ما لا يعلم أنه مسكر فسكر بذلك. وقال المالكية: إن السكران لا يؤاخذ بإقراره؛ لأنه وإن كان مكلفا إلا أنه محجور عليه فى المال، وكما لا يلزمه إقراره. لا تلزمه العقود، بخلاف جناياته فإنها تلزمه. وقال جمهور الشافعية: إقرار السكران صحيح، ويؤاخذ به فى كل ما أقر به، سواء وقع الاعتداء فيها على حق الله سبحانه أو على حق العبد؛ لأن المتعدى بسكره يجب أن يتحمل نتيجة عمله، تغليظا عليه وجزاء لما أقدم عليه وهو يعلم أنه سيذهب عقله.

(١) يشترط فى المقر الاختيار، مدعاة للصدق، فيؤاخذ به المكلف بلا حجر، أى حال كونه غير محجور عليه. فإذا أقر الحر البالغ العاقل طواعية بحق لزمه. وقال الحنابلة: إنه يصح من مكلف مختار بما يتصور منه التزامه، بشرط كونه بيده وولايته واختصاصه، ولو على موكله أو مورثه أو موليه.

(٢) الصيغة: هى ما يظهر الإرادة من لفظ، أو ما يقوم مقامه من كتابة أو إشارة، وإظهار الإرادة لا بد منه، فلا عبرة بالإرادة الباطنة يقول السرخسى: إن ما يكون بالقلب فهو نية، والنية وحدها لا تكفى، ويقول ابن القيم: إن الله تعالى وضع الألفاظ بين عباده تعريفا ودلالة على ما فى نفوسهم، فإذا أراد أحدهم من الآخر شيئا عرفه بمراده وما فى نفسه بلفظه، ورتب على تلك الإرادات والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ، ولم يرتب تلك الأحكام على مجرد ما فى النفوس من غير دلالة فعل أو قول، ولا على مجرد ألفاظ مع العلم بأن المتكلم بها لم يرد معانيها. وصيغة الإقرار نوعان: صريح ودلالة. فالصريح نحو أن يقول: لفلان على ألف درهم؛ لأن كلمة (على) كلمة إيجاب لغة وشرعا. قال الله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ...﴾ [آل عمران: ٩٧]؛ وكذا لو قال لرجل: هل لى عليك ألف درهم؟ فقال الرجل: نعم. لأن كلمة نعم بمثابة إعادة لكلامه، وكذا لو قال: لفلان فى ذمتى ألف درهم؛ لأن ما فى الذمة هو الدين، فيكون إقرارا بالدين. هذا ما مثل به الحنفية، ولا =

فسره بالوديعة لم يقبل، وأما عندى ومعى فيصح للعين والدين، فإن فسره بالوديعة وادعى تلفها قبل، وأما علىَّ فسيأتى.

وقوله: وبقوله لشريكه الغنى: أعتقت.

أى: يؤاخذ بذلك؛ لأنه إقرار بعتق نصيبه بالسراية، بخلاف الشريك المعسر.

وقوله: ونعم بجواب اشتر عبدى هذا.

أى: إذا أجاب من قال له: اشتر عبدى هذا فقال: نعم، فهو إقرار من القائل: نعم بالعبد لمن يعرضه للبيع، فلو قال: اشتر هذا العبد منى، فقال: نعم، فهو إقرار بملك البيع لا العبد.

ولو ادعى عليه عبدًا فقال: اشتريته من وكيلك، فهو إقرار بالعبد، فيحلف أنه ما وكله ويأخذه.

وقوله فى الحاوى: ولا ونعم لجواب: ألك زوجة واشتر عبدى هذا: فيه لف ونشر، فألك زوجة؟ جوابه قوله: لا، واشتر عبدى هذا جوابه نعم، لكن قوله: إن الإقرار بألا

= تخرج أمثلة غيرهم عن ذلك، والعرف فى هذا هو المرجع. والأمر بكتابة الإقرار إقرار حكما، إذ الإقرار كما يكون باللسان يكون بالبنان، فلو قال للكاتب: اكتب إقرارا بألف على لفلان، صح الإقرار واعتبر، كتب أو لم يكتب. ويقول ابن عابدين: إن الكتابة المرسومة المعنونة كالنطق بالإقرار، ولا فرق بين أن تكون الكتابة بطلب من الدائن أو بلا طلبه. ونقل عن الأشباه لابن نجيم أنه إذا كتب ولم يقل شيئا لا تحل الشهادة؛ لأن الكتابة قد تكون للتجربة. ولو كتب أمام الشهود وقال: اشهدوا على بما فيه، كان إقرارا إن علموا بما فيه وإلا فلا. والإيماء بالرأس من الناطق ليس بإقرار إلا فى النسب والإسلام والكفر والإفتاء. وأما الصيغة التى تفيد الإقرار دلالة فهى أن يقول له رجل: لى عليك ألف، فيقول: قد قبضتها؛ لأن القضاء اسم لتسليم مثل الواجب فى الذمة، فيقتضى ما يعين الوجوب، فكان الإقرار بالقضاء إقرارا بالوجوب، ثم يدعى الخروج عنه بالقضاء فلا يصح إلا بالبينة، وكذا إذا قال: أجلنى بها. لأن التأجيل تأخير المطالبة مع قيام أصل الدين فى الذمة.

الصيغة من حيث الإطلاق والتقييد: الصيغة قد تكون مطلقة كما تقدم، وقد تكون مقترنة. والقرينة فى الأصل نوعان: أولًا: قرينة مبينة (على الإطلاق)، وهى المعينة لبعض ما يحتمله اللفظ، فإن كان اللفظ يحتمل المعنيين على السواء صح بيانه متصلا كان البيان أو منفصلا، وإن كان لأحد الاحتمالين رجحان تسبق إليه الأفهام من غير قرينة لا يصح إن كان البيان منفصلا، ويصح بالنسبة للمتصل إذا لم يتضمن الرجوع. وبصفة عامة إذا كانت القرينة منفصلة عن الإقرار بأن قال: لفلان على عشرة دراهم وسكت، ثم قال: إلا درهما، لا يصح الاستثناء عند كافة العلماء وعامة الصحابة، إلا ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه يصح؛ لأن الاستثناء بيان فيصح متصلا ومنفصلا. ووجه قول العامة أن صيغة الاستثناء إذا انفصلت عن الجملة الملفوظة لا تكون كلام استثناء لغة، وقالوا. إن الرواية عن ابن عباس لا تكاد تصح.

ثانيًا: قرينة مغيرة (من حيث الظاهر) مبينة (حقيقة)، وهذه يتغير بها الاسم لكن يتبين بها المراد، فكان تغييرا صورة، تبيينا معنى.

زوجة له وجه، وقيل: هو كناية، وصححه الرافعى، والمنصوص فى الإملاء والذى قطع به كثير من الأصحاب: أنه كذب لاغ.

وقوله: وبعنى ما تدعيه، لا صالحنى.

أى: إذا تنازع رجلان مثلًا فى شىء فقال أحدهما للآخر: بعنى إياه، فهو إقرار منه له بملكه، ولو قال: صالحنى عليه، لم يكن إقرارًا على الأصح، فقد يكون مراده قطع الخصومة، لا الاعتراف.

وقوله: ولجواب أليس لى؟ أو لى عليك: بلى ونعم، وصدقت وأجل، وأبرأتنى وقضيته وأمهلنى وأنا مقر به بلا استهزاء.

أى: إذا قال له: أليس لى عليك ألف؟ فقال: بلى أو نعم فهذا إقرار؛ لأن بلى فى العربية موضوعة لإيجاب النفى، ولكن اطرد فى العرف استعمالها مكان نعم، واستعمال نعم مكانها، فإذا قال: ألى عليك ألف؟ فقال نعم أو بلى، فهو إقرار، وكذا إذا قلت: أليس لى عليك ألف؟ فقال: نعم أو بلى فهو إقرار، وكذلك صدقت، وأجل وأبرأتنى وقضيته، وأمهلنى وأنا مقر به، كلها إقرار صحيح فى جوابها، إلا أنه إذا انضم إلى الصريح قرينة تقتضى الاستهزاء كتحريك الرأس والإشارة الدالة عليه، لا يكون إقرارًا على الأصح، ولم يتعرض فى الحاوى للاستهزاء ولا بد من ذكره.

وقوله: لا مقر وأقر به، ولا زنه وخذه.

أى: ليس قوله فى جواب لى عليك، أو أليس لى عليك ألف؟ أنا مقر، لم يكن إقرارا؛ لعدم الصلة، وكذا: أنا أقر به على الصحيح فيهما؛ لأن هذا وعد، وكذلك قوله: زنه وخذه ونحوه؛ لأن هذا ليس ملزمًا وإنما يرد كثيرًا على سبيل الاستهزاء.

وقوله: لأهل لم يكذب.

أى: يؤاخذ المكلف إذا أقر لمن هو أهل للإقرار له، فلو قال: لهذه الدابة علىَّ ألف[1] لغا، ويشترط ألا يكون المقر له، ولا يشترط أن يصدقه، بل لو سكت حتى مات، فلورثته مطالبته.

وقال ابن النحوى فى شرحه: خرج بقوله: لأهل، ما لو أقر للغير بدين عقيب موته بحيث لا يحتمل جريان بأقل.

قلت: وليس بصحيح، بل لو أثبت بثمن مبيع ولو فى الذمة ثم أقر بالثمن عقيب الإثبات

---

(١) فى أ: علىَّ كذا.

أنه لزيد صح، وحمل على أنه وكيله وإن لم يكن جريان بأقل.

وقوله: معين تعيينا يتوقع منه طلب.

أى: يمكن أن يطالبه المقر له، فلو قال: لأهل البلد على ألف فهذا لاغ، وإن قال: لأحد هذين الرجلين أو أحدهما ولاء[1] الثلاثة صح إقراره؛ لأن الدعوى منهما متوقعة، وإن ادعى إثبات الألف الذى عنده، سمعت، فإن عين لأحدهما فللآخر تحليفه، وإن قال: لا أعرفه، لمن هو منهما، وحلف، أخذ منه ووقف حتى يتبين، أو يتصالحا.

وقوله: كحمل ومسجد بإمكان وعبد ويقع لمالكه كله بسبب دابته.

أى: والموصوف بأهلية الإقرار كالحمل والمسجد، فإذا أقر لحمل أو مسجد أو عبد صح الإقرار، سواء أسند إقراره إلى جهة ممكنة كالإرث للحمل، والوصية للجميع، أو أطلق، وإن أضاف إلى جهة باطلة، كأن قال للحمل أو للمسجد: باعنى إياه أو أقرضنيه، لم يصح على الأصح، الذى صححه النووى فى الروضة والرافعى فى المحرر، وهو خلاف مقتضى[2] كلام الحاوى؛ لأنه أطلق صحة الإقرار للحمل، وكذلك إذا قال: لفلان علىَّ كذا بسبب دابته صح؛ حملا على أنه جنى عليها، أو اكتراها ثم ما أقر به للعبد أو بسبب الدابة فهو لمالكها.

وقوله: واشتراء عبد قال: أعتقته، فداء فى حقه، فلا يخير، ووقف ولاؤه، وأخذ ثمنه من تركته حيث لا وارث.

أى: إذا قال رجل: فلان أعتق عبده، ثم اشتراه منه أخذناه بإقراره، وكان الشراء فى حقه فداءً، والبيع فى حق البائع بيعًا؛ فيثبت الخيار للبائع ولا يثبت للمشترى، ويرد البائع الثمن المعين بالعيب، ويسترد العبد، وإن كان لا يسترد ما أعتقه المشترى؛ لأن المشترى هنا لم يعتقه، [وإن لم يرد البائع بل أجاز، فإن العبد يعتق ويوقف ولاؤه؛ لأن البائع لم يقر بعتقه، والمشترى لم يعتقه][3].

فإذا اكتسب هذا العبد مالا ومات، ولا وارث له، لم يكن لأحدهما أن يرثه، لكن المشترى معترف بأن التركة للبائع وقد ظلمه بأخذ الثمن، فله أن يأخذ قدره منها، أما إذا قال: هو حر الأصل، فإنه لا يأخذ منها شيئًا، بل هى لبيت المال.

وقوله فى الحاوى: ويأخذ الثمن من تركته: أطلق أنه يأخذ الثمن من تركته، وهو لا

---

(١) فى ط: هؤلاء.

(٢) فى ط: وهو مقتضى.

(٣) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

يأخذه إلا إذا لم يكن له وارث [؛ لأن الوارث][١] لم يظلمه.

وقوله: ونفذ من مالك بماله إنشاؤه، ومن مريض، وبهبة بإقباض، فى صحة لوارث، وامرأة بنكاح، ومفلس، وأعمى ببيع، ومجهول برق، ووارث بدين.

أى: ونفذ إقرار المالك بما يقدر على إنشائه، فينفذ إقرار الموكل بالبيع؛ لأنه مالك يقدر على الإنشاء، ولا ينفذ إقرار الوكيل بتصرف أو استيفاء، وإن قدر على الإنشاء؛ لأنه غير مالك، وينفذ إقرار المريض فى المرض للوارث وغيره بالإعتاق[٢] والديون[٣].

---

(١) سقط فى ط.

(٢) فى ط: بالأعيان.

(٣) الصحة ليست شرطا فى المقر لصحة إقراره؛ لأن صحة إقرار الصحيح برجحان جانب الصدق، وحال المريض أدل على الصدق، فكان إقراره أولى بالقبول. غير أن المالكية نصوا على أن من أقر بشىء فى صحته: بشىء من المال، أو الدين، أو البراءات، أو قبض أثمان المبيعات، فإقراره عليه جائز، لا تلحقه فيه تهمة، ولا يظن فيه توليج، والأجنبى والوارث فى ذلك سواء، وكذا القريب والبعيد والعدو والصديق. ويقول الحطاب: من أقر بشىء فى صحته لبعض ورثته، قدم المقر له بعد موت المقر، ويقيم البينة على الإقرار. قال ابن رشد: هذا هو المعلوم من قول ابن القاسم وروايته عن مالك المشهور فى المذهب. ووقع فى المبسوط لابن كنانة والمخزومى وابن أبى حازم ومحمد بن مسلمة أنه لا شىء له، وإن أقر له فى صحته إذا لم يقم عليه بذلك بينة حتى هلك إلا أن يعرف سبب ذلك، فإن عرف ذلك فبها وإلا فإذا لم يعرف له سبب فلا شىء له؛ لأن الرجل يتهم أن يقر بدين فى صحته لمن يثق به من ورثته على ألا يقوم به حتى يموت. وقيل: إنه نافذ ويحاص به الغرماء فى الفلس، وهو قول ابن القاسم فى المدونة والعتبية، وقال ابن رشد: لا يحاص به على قول ابن القاسم إن ثبت ميله إليه إلا باليمين، واختار ابن رشد إبطال الإقرار بالدين مراعاة لقول المدنيين. وعلى هذا فإقرار المريض مرض موت بالحد والقصاص مقبول اتفاقا، وكذا إقراره بدين لأجنبى فإنه ينفذ من كل ماله ما لم يكن عليه ديون أقر بها فى حال صحته عند الحنفية والمالكية والشافعية، وأصح الروايات عند الحنابلة، وهو المذهب عندهم، وجزم به فى الوجيز؛ لأنه لم يتضمن إبطال حق الغير وكان المقر له أولى من الورثة، لقول عمر: إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه فى جميع تركته، ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية، وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ. وفى رواية عند الحنابلة: أنه لا يقبل، وفى رواية أخرى عندهم لا يصح بزيادة على الثلث. قال ابن قدامة: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن إقرار المريض فى مرضه لغير وارث جائز، وحكى أصحابنا رواية أخرى أنه لا يقبل؛ لأنه إقرار فى مرض الموت أشبه الإقرار لوارث. وقال أبو الخطاب فى رواية أخرى: إنه لا يقبل إقراره بزيادة على الثلث؛ لأنه ممنوع من عطية ذلك الأجنبى، كما هو ممنوع من عطية الوارث، فلا يصح إقراره بما لا يملك عطيته بخلاف الثلث فما دون. والمقصود بالأجنبى هنا أن يكون غير وارث فى المقر فيشمل القريب غير الوارث. ويصرح المالكية بذلك فيقولون: إن أقر لقريب غير وارث كالخال أو لصديق ملاطف أو مجهول حاله - لا يدرى هل هو قريب أم لا - صح الإقرار إن كان لذلك المقر ولد وإلا فلا، وقيل: يصح. وأما لو أقر لأجنبى غير صديق كان الإقرار لازما كان له ولد أم لا. وقال الشافعية: للوارث تحليف المقر له على الاستحقاق. وأما إقرار المريض لوارث فهو باطل إلا أن يصدقه الورثة أو يثبت ببينة عند الحنفية، والمذهب عند الحنابلة، وفى قول للشافعية وعند المالكية: إن كان متهما فى إقراره كأن يقر لوارث =

وأما التبرعات فإن كانت من الثلث نفذت للأجنبى لا للوارث، إلا إذا أسندها إلى وقت الصحة.

وهنا مسائل ينفذ الإقرار بها وليس للمالك إنشاؤها، وهى إقرار المريض بالهبة فى الصحة ولو لوارثه، وينفذ إقرار المرأة بالنكاح، وليس لها إنشاؤه، وأما غير المجبر فلا يملك الإقرار بالنكاح؛ لأنه ليس له إنشاؤه إلا بإذن، فهو كالوكيل، والمجبر ينفذ إقراره بالنكاح على البكر، وينفذ إقرار المفلس ببيع الأعيان، وكذا الأعمى وإن كان ليس لهما إنشاؤه، وينفذ إقرار المجهول بالرق، وإن كان لا يقدر على إنشائه، وينفذ إقرار الوارث بالدين على مورثه، وإن كان لا يملك إنشاءه عليه.

وقوله فى الحاوى: ونفذ بما يمكنه إنشاؤه، ومن المريض ولو لوارث، لا إن قال: وهبت منه فى الصحة، ومن المرأة بالنكاح، لا غير المجبر، انتهى. فحصر نفوذ الإقرار فيما يمكن إنشاؤه فيرد عليه مسائل:

إحداها: إذا قال الوكيل: بعت من زيد كما أذنت، فقال الموكل: لم تبع بعد[1]، فإنه لا يقبل إقرار الوكيل على الأصح مع قدرته على الإنشاء.

الثانية: إذا قال: استوفيت كما أمرتنى وكذبه الموكل، وقد سبقا فى الوكالة، ولا ترد هاتان على الإرشاد؛ لأنه قال: ونفذ من مالك بماله[2] إنشاؤه والوكيل غير المالك.

الثالثة: إقرار المفلس ببيع الأعيان فإنه ينفذ ولا يمكنه إنشاؤه.

الرابعة: إقرار الأعمى بالبيع.

= قريب مع وجود الأبعد أو المساوى، كمن له بنت وابن عم فأقر لابنته لم يقبل وإن أقر لابن عمه قبل؛ لأنه لا يتهم فى أنه يزرى ابنته ويوصل المال إلى ابن عمه. وعلة منع الإقرار التهمة، فاختص المنع بموضعها. وأطال المالكية فى تصوير ذلك والتفريع عليه. وقالوا: من مرض بعد الإشهاد فى صحته لبعض ولده فلا كلام لبقية أولاده إن كتب الموثق أن الصحيح قبض من ولده ثمن ما باعه له، فإن لم يكتب فقيل: يحلف مطلقا. وقيل: يحلف إن اتهم الأب بالميل إليه. قال المواق: لا يقبل إقرار المريض لمن يتهم عليه. وسئل المازرى عمن أوصى بثلث ماله، ثم اعترف بدنانير لمعين: فأجاب إن اعترف فى صحته حلف المقر له يمين القضاء. واستدل القائلون ببطلان الإقرار بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا وصية لوارث، ولا إقرار له بالدين»، وبالأثر عن ابن عمر أنه قال: إذا أقر الرجل فى مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز وإن أحاط بماله، وإن أقر لوارث فهو باطل إلا أن يصدقه الورثة. وقول الواحد من فقهاء الصحابة مقدم على القياس. ولم يعرف لابن عمر فى ذلك مخالف من الصحابة فكان إجماعا، ولأنه تعلق حق الورثة بماله فى مرضه، ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلا، ففى تخصيص البعض به إبطال حق الباقين. وفى كتب الحنابلة: لو أقرت المرأة بأنها لا مهر لها على زوجها لم يصح، إلا أن يقيم بينة أنها أخذته.

(١) فى أ: لم ينفذ.

(٢) فى ط: مالك ماله.

الخامسة: إقرار الوارث بالدين على مورثه.

السادسة: إقرار المجهول بالرق.

وهذه المسائل لا ترد على الإرشاد؛ لأنه قد نص عليها مع الحد، واستثنى فى الحاوى إقرار المريض بالهبة للوارث فى الصحة، وقضى بأنه لا يصح، والراجح فى الروضة الصحة.

وقوله: ومن عبد لا على سيده، بموجب مال إلا لتجارة وقتها.

أى: ينفذ إقرار العبد على نفسه بما يوجب عليه مالًا، وكذا قصاصًا، وإن أضر بالسيد؛ لأنه غير متهم فيه لما يلحقه من الضرر، ولا ينفذ على السيد بما يوجب عليه مالًا إلا بدين صرح بأنه دين تجارة، وأقر به حالة الإذن فيها، فحينئذ يتعلق بكسبه، وبما فى يده، وإن أقر بدين ولم يصرح بأن سببه[١] التجارة، أو صرح به لكنه بعد الحجر عليه، لم يلزم السيد إقراره ويتعلق بذمته.

وقوله فى الحاوى: والعبد بدين مطلقا وجناية للمال، فيه أمران:

أحدهما: أنه قال: بدين مطلقا، فأوهم أنه لا يصح إقراره بدين أصلا، ولم يرد ذلك، وإنما أراد به لا يقبل إقراره بدين غير التجارة، فلو قال: بدين مطلقا لكان أقرب؛ لأنه وإن كان لا يفهم بأى شىء يعتد[٢] فقد فهم فى باب العبد المأذون.

الثانى: أنه يفهم أنه لا ينفذ إقراره، وهو ينفذ فى ذمته لكن لا ينفذ فى حق السيد.

وقوله: وإقرار مرضه ووارثه كصحته وقدم بعين.

أى: ويستوى إقراره وإقرار وارثه على الأصح، وإقراره فى المرض كإقراره فى الصحة، فإذا أقر صحيحًا لزيد، ثم مرض فأقر لعمرو، ثم مات فأقر ورثته لبكر - صاروا فى التركة سواء على الأصح، نعم الإقرار بالعين ولو من الوارث مقدم على الإقرار بالدين، ولو فى الصحة.

وقوله: وحبس لتفسير مبهم، لا نحو لكل منكما ألف ونصف ما للآخر، إذا لكل ألفان، أو وثلث ما للآخر فلكل ألف ونصفه، أو إلا نصف ما للآخر، فلكل ألف إلا ثلثه، أو إلا ثلث ما للآخر، فلكل ألف إلا ربعه، أو إلا ثلثا ما للآخر، فلكل ثلاثة آلاف، أو قال: لزيد ألف ونصف[٣] ما لعمرو، ولعمرو ألف وثلث[٤] ما لزيد، فلزيد ثلاثة أخماس

(١) فى أ: سيبه.
(٢) فى ط: يفيد.
(٣) فى ط: إلا نصف.
(٤) فى ط: إلا ثلث.

ألف، ولعمرو أربعة أخماسه، أو قال: لزيد ألف ونصف ما لعمرو، ولعمرو ألف وثلث ما لزيد، فلزيد ألف وأربعة أخماسه، ولعمرو ألف وثلاثة أخماسه.

أى: وإن قال له: على شىء أو مال ونحوه، صح إقراره وأمرناه بتفسيره، فإن امتنع حبس، ولو أقر بما لا يعرف بديهة لكنه يعرف بعد البحث، لم يحبس، بل يبحث عن تفسيره، فإذا قال: له على وزن هذه الصنجة، أو مثل ما باع به فلان فرسه، بحث عن وزن الصنجة وعما باع به فلان فرسه ولزمه مثله.

وإذا قال: لكل منكما علىَّ ألف ونصف ما للآخر، فليس هذا مبهمًا ولزمه ألفان.

وطريق استخراجه: أن يعرف أولًا مراتب الكسور، وهى العشر ثم التسع[1] ثم الثمن ثم السبع ثم السدس، ثم الخمس ثم الربع ثم الثلث ثم النصف ثم الكل، ثم ينظر إلى عدد الكسر المعطوف ويرتقى إلى المرتبة التى فوق ذلك الكسر، بعدد ذلك الكسر المعطوف، فإن كان كسرًا واحدًا ارتقى مرتبة واحدة، أو كسرين ارتقى مرتبتين وعلى هذا، فإذا ارتقى بعدد ذلك الكسر أخذ ما انتهى إليه ارتقاؤه من مراتب الكسور، أو غيرها، فيزيده على ذلك العدد المعين وهو الألف فى مسألتنا، وتكون الزيادة بعدد ذلك الكسر، وإن كان الكسر واحدًا زدت ما انتهى إليه الارتقاء مرة، وإن كان أكثر فبعدده، ففى قوله: لكل منكما على ألف ونصف ما للآخر لما كان الكسر المعطوف وهو النصف فواحدا ارتقى إلى ما فوقه مرتبة واحدة، فصار مثل الألف المعين فيضمه إلى المعين مرة واحدة، فيكون لكل ألفان، ولا شك أنه إذا كان لكل ألفان كان لكل ألف ونصف ما للآخر.

وفى قوله: وثلث ما للآخر، يرتقى إلى ما فوق الثلث مرتبة واحدة، وهو النصف، وتزيده مرة واحدة على المعين الذى هو الألف، والمرة خمسمائة، فيصير لكل ألف وخمسمائة، ويصدق عليه أن لكل واحد ألفًا وثلث مال الآخر.

أما فى الاستثناء، فيكون النزول عوض الارتقاء، والنقص عوض الزيادة.

وقوله[2]: لكل ألف إلا نصف ما للآخر، فينزل من النصف إلى الثلث، ثم ينقص الثلث من الألف مرة واحدة، فيكون الباقى ثلثى الألف وهو المقر به لكل واحد، ويصدق عليه أن لكل ألفًا إلا نصف ما للآخر.

وفى قوله: لكل منكما ألف إلا ثلث ما للآخر، ينزل من الثلث إلى الربع ثم ينقص الربع من الألف، فيكون الباقى ثلاثة أرباع الألف وهو المقر به، ويصدق عليه أن لكل ألفًا إلا

(١) فى أ: وفوقه التسع.
(٢) فى أ: ففى قوله.

ثلث[١] ما للآخر.

وفى قوله: لكل ألف وثلثا ما للآخر، ارتقى إلى ما فوق الثلث مرتين؛ لأن عدد الكسر اثنان، وما فوق الثلث بمرتين هو المثل؛ لأنه يرتقى إلى النصف ثم إلى المثل، ونزيد الألف إلى المثل مرتين فيكون لكل منهما ثلاثة آلاف، فيصدق عليه أن لكل منهما ألفا وثلثى ما للآخر، ولو قال: إلا ثلثى ما للآخر لنزل عن الثلث مرتين، وما تحت الثلث بمرتين هو الخمس، وينقص الخمس من الألف مرتين، فيصير لكل ثلاثة أخماس [الألف][٢] وهو ستمائة.

وعلى هذا القياس سائر الصور التى يتفق فيها الكسران أو الكسور والمقداران أو المقادير، كالنصف والنصف، والثلث والثلث، والألف والألف، وذلك فى استخراج ذلك طريق آخر بضم متفق الكسرين ومختلفهما بشرط عدم اختلاف المقدارين عما اختلف فيها الكسران، كالمسألة الأخيرة فى الكتاب، فالعمل أن تضرب مخرج أحد الكسرين فى مخرج الآخر، فما حصل أسقطت منه الحاصل من ضرب عدد أحد الكسرين فى عدد الآخر، وتحفظ الباقى بعد الإسقاط وهو خمسة فى مسألتنا، ثم تعود إلى الستة فتزيد عليها لكل كسر كسرًا مثله منها، فإن كان الكسر نصفًا زدت نصف الستة عليها، وإن كان ثلثا زدت عليها ثلثها هذا فى العطف.

وتنقص فى الاستثناء[٣] ما تزيده فى العطف، وتنسب الحاصل بعد الزيادة أو النقصان

---

(١) فى ط: أنه ثلث.

(٢) سقط فى ط.

(٣) الاستثناء لغة: مصدر استثنى، تقول: استثنيت الشيء من الشيء إذا أخرجته، ويقال: حلف فلان يمينا ليس فيها ثنيا، ولا مثنوية، ولا استثناء، كله واحد. وذكر الشهاب الخفاجى أن الاستثناء فى اللغة والاستعمال يطلق على: التقييد بالشرط، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَا يَسْتَثْنُونَ﴾ [ن: ١٨] أى لا يقولون: «إن شاء الله». والاستثناء فى اصطلاح الفقهاء والأصوليين إما أن يكون لفظيا أو معنويا أو حكميا، فالاستثناء اللفظى هو: الإخراج من متعدد بإلا، أو إحدى أخواتها، ويلحق به فى الحكم الإخراج بأستثنى وأخرج ونحوهما على لفظ المضارع، وعرفه السبكى بأنه: الإخراج بإلا أو إحدى أخواتها من متكلم واحد. وعرفه صدر الشريعة الحنفى بأنه: المنع من دخول بعض ما تناوله صدر الكلام فى حكمه بإلا أو إحدى أخواتها، فعرفه بالمنع، ولم يعرفه بالإخراج؛ لأن الاستثناء عند الحنفية لا إخراج به، إذ لم يدخل المستثنى فى المستثنى منه أصلا حتى يكون مخرجا. فالاستثناء لمنعه من الدخول، والفقهاء يستعملون الاستثناء أيضا بمعنى قول: «إن شاء الله» فى كلام إنشائى أو خبرى. وهذا النوع ليس استثناء حقيقيا بل هو من متعارف الناس. فإن كان بإلا ونحوها فهو استثناء حقيقى، أو «استثناء وضعى»، كأن يقول: لا أفعل كذا إلا أن يشاء الله، أو: لأفعلن كذا إلا أن يشاء الله، ومن العرفى قول الناس: إن يسر الله، أو إن أعان الله، أو ما شاء الله. وإنما سمى هذا التعليق - ولو كان بغير إلا - استثناء لشبهه بالاستثناء المتصل فى صرفه الكلام السابق له عن ظاهره. =

إلى المحفوظ، وهو الباقى من الحاصل من ضرب المخرج فى المخرج بعد إسقاط الحاصل من ضرب عدد أحد الكسرين فى عدد الآخر، أو تضرب الحاصل بعد الزيادة والنقصان فى المقدار المعين، وتقسم المبلغ على المحفوظ، فلكل واحد من المقدار بتلك النسبة فى النسبة والخارج[١] من القسمة فى القسمة.

وقوله فى الحاوى: [فلو قال لزيد:][٢] علىَّ ألف ونصف ما لعمرو، ولعمرو ألف وثلث ما لزيد، فلزيد ألف وأربعة أخماس الألف، ولعمرو ألف وثلاثة أخماس الألف؛ لأنك تضرب أحد المخرجين فى الآخر فتحصل ستة، وتسقط الحاصل من ضرب عدد أحد الكسرين فى عدد الآخر وهو واحد، تبقى خمسة وهى المحفوظ وتزيد على الستة نصفها، فتصير تسعة بنسبتها إلى الخمسة المحفوظة تكون مثلها، وأربعة أخماسها، فلزيد ألف وأربعة أخماس الألف، وهى ثمانمائة، ثم تزيد على الستة ثلثها فتصير ثمانية وتنسبها إلى الخمسة الباقية فيكون مثلها وثلاثة أخماسها، فلعمرو ألف وثلاثة أخماس الألف، وهى الألف وستمائة أو تضرب التسعة فى الألف فتصير تسعة آلاف، ثم تقسمها على الخمسة فيكون الخارج ألفًا وأربعة أخماس ألف لزيد ألف وأربعة أخماس ألف، وهى ثمانمائة، أو تضرب الثمانية فى الألف فتكون ثمانية آلاف فتقسمها على الخمسة فيكون الخارج ألفا وثلاثة أخماس ألف، فلعمرو ألف وثلاثة أخماس الألف، وهى ستمائة.

وفى قوله: لزيد على ألف إلا نصف ما لعمرو، ولعمرو ألف إلا ثلث ما لزيد، فلزيد ستمائة ولعمرو ثمانمائة - لأنك تضرب أحد المخرجين فى الآخر وتسقط من الحاصل واحدا يبقى المحفوظ خمسة كما ذكرناه، وتنقص من الستة نصفها تبقى ثلاثة تنسبها[٣] إلى الخمسة المحفوظة، تكون ثلاثة أخماسها، فلزيد ثلاثة أخماس ألف وهى ستمائة، ثم تنقص من الستة ثلثها تبقى أربعة تنسبها إلى الخمسة، يكون أربعة أخماسها، فلعمرو أربعة أخماس ألف وهى ثمانمائة، وتضرب الثلاثة فى الألف، فتصير ثلاثة آلاف، وتقسمها على

= والاستثناء المعنوى هو: الإخراج من الجملة بغير أداة استثناء، كقول المقر: «له الدار، وهذا البيت منها لى». وإنما أعطوه حكم الاستثناء؛ لأنه فى قوة قوله: «له جميع الدار إلا هذا البيت». والاستثناء الحكمى يقصد به أن يرد التصرف مثلا على عين فيها حق للغير، كبيع الدار المؤجرة، فإن الإجارة لا تنقطع بذلك، والبيع صحيح، فكأن البيع ورد على العين باستثناء منفعتها مدة الإجارة. وهذا الإطلاق قليل فى متعارف الفقهاء والأصوليين، وقد ورد فى الأشباه والنظائر للسيوطى والقواعد لابن رجب، إلا أن هذا النوع لا يدخل فى مفهوم الاستثناء المصطلح عليه، ولذا فلا تنطبق عليه أحكام الاستثناء.

(١) فى أ: والحاصل.

(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٣) فى أ: بنسبتها.

الخمسة فيكون الخارج ثلاثة أخماس ألف فلزيد ثلاثة أخماس ألف وهى ستمائة، أو تضرب الأربعة فى الألف، فتصير أربعة آلاف تقسمها على الخمسة، فيكون الخارج أربعة أخماس ألف، فلعمرو أربعة أخماس ألف.

وقوله: أو قال: لزيد ألف إلا ثمن ما لعمرو، ولعمرو ألفان إلا نصف ما لزيد، فلزيد ثمانمائة، ولعمرو ألف وستمائة.

أى: اعلم أن طريق معرفة ذلك، أن تجعل ما لزيد شيئًا، فيكون لعمرو ألفان إلا نصف ثمن شىء فتنقص ثمن الألفين، إلا نصف ثمن شىء، من الألف الذى هو لزيد، وذلك مائتان وخمسون إلا نصف ثمن شىء فيكون لزيد سبعمائة وخمسون ونصف ثمن شىء تعدل شيئًا، فسبعمائة وخمسون منها تعدل سبعة أثمان شىء، ونصف ثمن شىء، فيعدل نصف ثمن الشىء خمسين، فثمن الشىء مائة، والشئ ثمانمائة فلزيد ثمانمائة، ولعمرو ألفان إلا نصف ما لزيد فله ألف وستمائة.

وقوله: وقبل فى شىء، وكذا تفسير بحبة، ونجس يقتنى، وبنجس فى غصبته، لا رد سلام وعيادة.

أى: إذا قال له: على شىء، أو له على كذا، ثم فسره بحبة بر أو نجس يقتنى، ككلب صيد، جاز؛ لأنهما وإن لم يصح بيعهما، فالحبة مملوكة يطلق عليها اسم الشىء، والنجس المقتنى له فيه حق الاختصاص، أما إذا قال: غصبت منه شيئًا وكذا، فإنه يقبل تفسيره بنجس، وإن لم يقتنى، كخنزير وخمر وكلب لا ينفع؛ لأنه بأخذه قهرا يسمى غاصبا له، ولا يقبل تفسيره للشىء، وكذا إذا أقر بهما[1] كرد السلام والعيادة؛ [لأنه يستبعد أن يعد][2] هذا لازما له.

وقوله: وفى مال أو مال عظيم، أو كثير أو أكثر من مال زيد، بمتمول، أو أم ولد لا نجس، أو مثل ما لزيد فبمثله.

أى: ويقبل تفسير قوله: له على مال، أو له على مال عظيم أو كثير أو أكثر من مال فلان: بمتمول وإن قل كفلس، ويحمل قوله: عظيم على أنه أراد عظيم خطره لكفر مستحله، وكذا أكثر من مال فلان لحله، وإن فسره بأم ولد قبل، ولو فسره بوقف خرج على أن الملك فى الموقوف لله تعالى فلا يقبل، أو للموقوف عليه فيقبل، ولا يقبل تفسيره بنجس وإن اقتنى؛ لأنه لا يسمى مالا، وإن قال: له علىَّ مثل ما لزيد لزمه مثل ماله.

---

(١) فى ط: فسره بهما.

(٢) فى أ: لأنهما يستبعدان أن بعد.

وقوله: وفي درهم، ودريهم ودرهم صغير، ودينار بإسلامي وكذا بناقص ومغشوش إن وصل أو غلت لا بفلوس.

أي: وإذا قال: له علي درهم أو دريهم أو درهم صغير، ففسره بالدرهم الإسلامي، وهو خمسون شعيرة وخمسا شعيرة، من حب الشعير المتوسط غير مقشور بعد أن قطع من طرفيه ما دق وطال، قبل تفسيره به، وإذا قال: له علي دينار قبل تفسيره بدينار الإسلام، وهو ثنتان وسبعون شعيرة فلكل عشرة دراهم سبعة مثاقيل، ويقبل التفسير بدرهم ناقص أو مغشوش في بلد عرفهم الإسلامي، إن وصل بالصفة كدرهم طبري، وهو ثلثا درهم إسلامي، أو كدرهم كاملي وهو المغشوش بالثلث، وكذا إن كان في عرف البلد الدرهم الناقص والمغشوش وأطلق، فإنه يحمل عليه، ولا يقبل تفسير الدرهم بالفلوس، بخلاف ما إذا وصل، وليس المراد بالفلوس التي تسمى الدرهم الرديء بالواحد[1] منها، وإنما المراد ما يسمى درهما من الفلوس، وذلك أن عددا من الفلوس يسمى درهمًا في بعض البلاد، ويتعاملون بها معاملتهم بالدراهم[2].

وقوله في الحاوي: ودرهم ودريهم ودرهم صغير خمسين شعيرة وخمسيها، ودينار ثنتين وسبعين بالناقص والمغشوش إن وصل أو بتعارف، قال صاحب التعليقة: إن خمسين شعيرة عطف بيان للدرهم، وقال القونوي: أي وقبل في درهم تفسيره بخمسين شعيرة.

وكلاهما مشكل، أما الأول؛ فلأنه إذا كان عطف بيان لزم أن يكون من كلام المقر، وإذا كان من كلامه لم يجز تفسيره بالناقص لاعترافه بالكامل، وأما إذا جعلناه تفسيرًا كما قاله القونوي، فمن حيث إنه لم يأت بالياء وإن تأول، فقوله عقيبه: بالناقص من غير حرف العطف، يأباه.

وقال بعضهم: إن خمسين شعيرة حال من الدرهم، وهو مشكل أيضًا؛ لأن الحال المنتقلة واللازمة لا تنتظم[3] مع قوله: بالناقص أو بتعارف؛ إذ الخمسون شعيرة مختصة بالدرهم الإسلامي.

وقوله: وألف في العبد بأرش ورهن، ووصية، وقرض وشراء عشرة به.

أي: وإذا قال: له علي ألف في هذا العبد، وفسره بأنه أرش جناية جناها العبد عليه أو على ماله، قبل، وكذا إن قال: رهنته إياه بألف له عليّ على الأصح، وإن قال: اشترى

---

(١) في ط: لواحد.
(٢) في ط: بالدرهم.
(٣) في ط: لا تنقطع.

عشرة أو تسعة ونحو ذلك بألف، وأنا اشتريت الباقى - قبل أيضا، ويقبل تفسيره إن قال: أقرضنيه فى ثمنه، وإن قال: أوصى له أبى بألف من ثمنه الذى يباع به قبل، [ثم يباع به قبل][(١)]، ثم يباع العبد ويعطى المقر له ألفًا من ثمنه، ولو قال: أسلمه من مالى، لم يقبل منه امتثالا لشرط الموصى، ولم يتعرض فى الحاوى لذكر الوصية والقرض.

وقوله: وعلى بمؤجل إن وصل، وبوديعة، والقول قوله فى تلف ورد بعده، وفى هو لك عارية وقول منكر قبض مبيع أقر بثمنه، أو فهم ما لقن، وأمكن، لا فى ذمتى بوديعة.

أى: وإذا قال له: علىَّ ألف ووصفه بأنه مؤجل شهرًا أو سنة قبل إن وصل، وإن لم يذكر سببه، فإن ذكر سببًا لا يتأجل كالقرض، لغا ذكر الأجل، فإن قال: له على ألف ثم قال: هو وديعة، قبل، وإن فصل على المذهب؛ ولهذا أخره عن قوله: إن وصل؛ وذلك أنه قد يريد بقوله على حفظه، أو التمكين منه؛ لأن حفظ الوديعة وتمكين مالكها منها واجب، وإذا حكمنا بأنها وديعة فادعى تلفًا أو ردًّا بعد الإقرار، فالقول قوله مع يمينه، إلا إن ادعى تلفًا أو ردًّا قبل الإقرار، لتكذيبه نفسه، وكذلك يقبل قوله إذا قال: هذه الدار وهذا العبد لك عارية ويكون عارية، ولا يقال: إن أول كلامه يقتضى الملك، وأنه أراد دفع الملك بقوله: عارية، فهذا وجه، والمذهب أنه يقبل؛ لأن اللام تكون للاختصاص بالملك وغيره، فإذا تجردت حملت على الملك، فإذا ذكرت مع غيرها مما يكون للاختصاص به حملت عليه، وكذلك إذا أقر بثمن مبيع ثم قال ولو منفصلا: لم أقبض المبيع وإذا سلمه سلمت، فالقول قوله أيضًا.

وكذلك الأعجمى ونحوه، إذا لقن بيعًا أو شراء، أو إقرارًا بمال بلغة لا يفهمها وأمكن خفاؤها عليه، وحلف أنه ما فهمها قبل، وإن لم يمكن خفاؤها عليه لم يقبل قوله، وإذا قال: لك فى ذمتى ألف، ثم قال: هو وديعة لم يقبل؛ لأن العين لاتلزم الذمة نعم له تحليف المقر له: إنما هو وديعة.

وقوله فى الحاوى: وعلىَّ بالمؤجل إن اتصل وبثمن عبد ما سلم، وباليمين فى لقنت غير لغتى وما فهمت، فيه أمران:

أحدهما: قوله: وبثمن عبد ما سلم: مقتضاه أنه يجوز أن يفسر قوله: له علىَّ كذا بأنه ثمن عبد ما سلم وليس كذلك، فإن هذا التفسير [لا يقبل بالفهم، نعم][(٢)] إذا قال له: على ألف من ثمن مبيع ثم قال بعد ذلك: ما سلم، [مقتضاه أنه إلى المبيع]؛[(٣)] فإنه يقبل قوله على المدعى.

[الثانى: قوله: وباليمين، يوهم أن تفسيره بالمؤجل متصلا، وبأن المبيع ما سلم يقبل

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) فى ط: لا يقْبَل بالفم.

(٣) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

فيه قوله على المدعى][1] بغير يمين، وليس كذلك، بل إن صدقه المدعى فى المسائل كلها فلا يكلف اليمين، وإن كذبه فى الجميع فله تحليفه.

وقوله: وَقبل فيه كطلاق وعتق ونذر، استثناء متصل قصده مقرا ولو فى نفى وغير جنس لا مستغرق ولو بتفسيره، بلا إخراج، ولا يجمع مفرق له.

أى: ويقبل الاستثناء فى الإقرار إذا كان متصلا بالمستثنى منه، فإن تخلل كلام أجنبى أو سكوت طويل لغا، ويشترط أن يقصد الاستثناء فى حال الإقرار ولو قبل الفراغ من لفظه، وقيل: لا يصح إلا إذا قصده من أول اللفظ، ويقبل الاستثناء، ولو من النفى ويكون إثباتا كما أنه من الإثبات نفى، فلو قال: ليس له علىَّ إلا عشرة لزمه عشرة، أو ليس له علىَّ عشرة إلا خمسة لم يلزمه شىء إلا خمسة؛ لأن العشرة إلا خمسة: خمسة، فكأنه قال: ليس له علىَّ إلا خمسة، ولو قال: ليس له على شىء إلا خمسة، ذكر فى العزيز والروضة أنه يلزمه خمسة، وقد صححوا استثناء المفصل[2] من المجمل فى الإثبات فقالوا: لو قال: له على شىء إلا خمسة صح، ويلزمه أن يفسر الشىء بما زاد على الخمسة وإن قلت الزيادة؛ لتلزمه تلك الزيادة، فقياس هذا أنه إذا قال: ليس له على شىء إلا خمسة، ألا يلزمه شىء؛ لأنه نفى أن يكون عليه شىء إلا خمسة، كما نفى أن يكون عليه عشرة إلا خمسة، فى المسألة الأولى.

وإذا قال: له علىَّ عشرة إلا خمسة إلا تسعة جاز ولزمه واحد.

فإن قال: له علىَّ عشرة إلا تسعة إلا ثمانية إلا سبعة إلا ستة إلا خمسة إلا أربعة، إلا ثلاثة إلا اثنين إلا واحد، لزمه خمسة؛ لأن تقديره له علىَّ عشرة تلزم إلا تسعة فلا تلزم إلا ثمانية فتلزم إلا سبعة فلا تلزم إلا ستة فتلزم إلا خمسة فلا وهكذا فلا يلزم[3] الأشفاع دون الأوتار، إن بدأ بالشفع، وإن بدأ بوتر فعكسه.

ويصح الاستثناء من غير الجنس، فلو قال: له علىَّ ألف إلا ثوبًا صح، إن فسر الثوب بما دون الألف، وإن قل النقصان عن الألف.

ولا يصح الاستثناء المستغرق ويلغو إن أتى به، فإن قال له: علىَّ عشرة إلا عشرة لزمه عشرة، وإذا كان المستغرق تفسيرًا للمستثنى[4] كما إذا قال له: علىَّ ألف إلا ثوبا، ففسر الثوب بالألف أو أكثر، لغا الاستثناء على الأصح، وقيل: لا يلغو بل يؤمر بتفسير يقبل، وإنما يلغو الاستثناء المستغرق، إذا لم يخرج عن الاستغراق باستثناء آخر.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) فى أ: المنفصل.
(٣) فى ط: وهكذا فتلزم.
(٤) فى ط: للمشترى.

فإذا قال: له عليَّ عشرة إلا عشرة إلا خمسة، لزمه خمسة على الأصح؛ لأن عشرة إلا خمسة خمسة.

ولا يجمع مفرق للاستغراق ويجمع المستثنى ويبطل ما حصل به الاستغراق، فإذا قال: له عليَّ درهم ودرهم ودرهم إلا درهما، أو درهمان[١] ودرهمان، إلا درهمين، فإن هذا مستغرق؛ لأنك استثنيت درهما من درهم فى الأولى، ودرهمين من درهمين فى الثانية، ولو جمعت لا ندفع الاستغراق، فكان يلزمه فى الأولى درهمان وفى الثانية درهم، وكذلك إذا قال درهم ودرهم ودرهم إلا درهمين، يلزمه ثلاثة، ولو قال: إلا ثلاثة دراهم فكذلك أيضًا؛ لأن الدرهم والدرهمين، والثلاثة، كل مستغرق للدرهم، وكذلك لو فرقت الثلاثة بالعطف، فكلها مستثناة من الآخر؛ لأن الجمع للاستغراق ممتنع، على الأصح، ولقد علمت أن جمع المستثنى غير ممنوع، إذا لم يكن استغراق، فإذا قال: على عشرة إلا درهما ودرهما ودرهما وهكذا إلى تسعة جمع المفرق[٢] ولم يلزمه إلا درهم واحد، ولو زاد على التسعة درهما وصيرها عشرة لم تبطل إلا فى العاشر؛ لحصول الاستغراق به، ولزمه درهم، ولو قال: عشرة إلا سبعة وثلاثة، لغا الأخير ولزمه ثلاثة، ولو قال: له عليَّ عشرة إلا عشرة إلا درهمين لزمه درهمان، ويصح الاستثناء فى الطلاق، وكذا فى العتق والنذر، وقد استغنى عن ضابط الاستثناء[٣] هنا عن ذكره فى الطلاق، فإذا قال: طلقت نسائى إلا فلانة، طلقن إلا فلانة، أو طلقتك ثلاثا إلا اثنتين، وقعت واحدة، فإن استغرق فالثلاث، وكذا إذا قال: أعتقت عبيدى إلا فلانًا، عتقوا دونه، ولله عليَّ أن أعتقهم إلا فلانًا، فكل ذلك يصح إذا لم يستغرق، والشرط فيها ما تقدم فى الإقرار.

وقوله فى الحاوى: واستثناء متصل قصده أولا، اشترط قصد الاستثناء من أول الكلام، وقد تبع فيه ما صححه الرافعى والذى صححه النووى فى الروضة: الاكتفاء بقصده قبل الفراغ من المستثنى منه.

وقوله: وصدق مستثنى عبد أنه الحى.

أى: إذا أعتق عبيده إلا عبدًا واحدًا، أو أقر بهم لشخص إلا واحدًا، فماتوا كلهم وبقى عبد واحد، وقال: الذى استثنيته هو هذا الحى - قبل قوله، وللعبد والمقر له تحليفه.

وقوله: ولزم لك ألف فى ميراث أبى، وهذا لك وكان ملكى إلا الآن، خلاف الشهادة، وعلى ألف قضيته، أولا يلزم أو بعقد فاسد، أو فى الكيس وإن لم يكن أو الألف الذى فى الكيس، فما وجد منه.

---

(١) فى أ: أو درهم.
(٢) فى أ: المفروق.
(٣) فى ط: بذكر الاستثناء.

أى: إذا قال: لك ألف فى ميراث أبى، فهو إقرار له بالألف فى الميراث، فلو تلف الميراث لم يلزم المقر شىء، ولو قال: فى ميراثى من أبى لم يلزمه شىء، والفرق أنه إذا أضاف إلى ميراث أبيه، أثبت للمقر له حقًّا فى التركة، لا يحتمل إلا الوجوب؛ إذ لا تبرع يبقى بعد الموت، وإذا قال: فى ميراثى من أبى، احتمل أن يريد أتبرع به عليك وأن يكون حقًّا، فلا يلزم مع الشك.

ثم اعلم أنه إذا قال: دارى التى أملكها ملك زيد، لا يكون إقرارًا، فإذا قال: هذه الدار لزيد، وكانت ملكى إلى أن أقررت، فهذا من باب تعقيب الإقرار بما يبطله، والأصح أنه يلزم اعتبارًا بأول اللفظ ويلغو آخره بخلاف الشهادة، فلو شهد شاهدان أن فلانا أقر أن هذه الدار لزيد وكانت ملكه إلى أن أقر، لم تسمع هذه الشهادة، فإن قالا: وقال: كانت ملكى إلى أن أقررت، سمعت ولغا آخر كلامه، والفرق: أن المقر يشهد على نفسه فيؤاخذ بما صح من كلامه ويلغو بما لا يصح، وأما الشاهد فيشهد على غيره، فلا يعتبر قوله، إلا إذا لم يتناقض.

وكذا إذا قال: له علىَّ ألف قضيته إياه، أو ألف لا تلزمنى، أو قال: بسبب عقد فاسد كثمن خمر أو ضمانة فاسدة أو نحو ذلك، لزمه ما اقتضاه أول كلامه ولا يقبل[1] آخره إلا ببينة.

وكذلك إذا قال: لزيد علىَّ ألف فى هذا الكيس، لزمه ألف سواء وجد فى الكيس تامًّا أو ناقصًا أو لم يوجد فيه شىء، وإذا قال: له علىَّ الألف الذى فى هذا الكيس لزمه ما وجد فيه من الألف، وهو ملحق بقوله: له علىَّ ألف وديعة.

والأصح أنه لا يلزمه شىء، إذا لم يوجد فيه شىء، ولا إتمامه إن نقص، ولا يضمنه إن تلف، من غير تفريط، كما لو قال: له علىَّ ألف وديعة.

وقوله فى الحاوى: وعلىَّ ألف لا يلزم إلى قوله: لا التمام إن نقص فى الآخر، فيه أمران:

أحدهما: [قوله: فى ميراث أبى][2]، سياق كلامه يقتضى أن صيغة إقراره علىَّ ألف فى ميراث أبى، لكونه عطفه على قوله: وعلىَّ ألف لا يلزم، وهو لا يكون لازمًا فى التركة على هذا، بل هو فى هذه الصورة لازم ذمته مؤاخذة له بأول كلامه كما فى سائر الصور التى قبله وبعده، وإنما عبر فى العزيز والروضة فى هذه بما إذا قال: له ألف فى ميراث أبى ولم يقل: علىَّ، وهذا ظاهر.

الثانى: أنه قطع فيما إذا قال: له علىَّ الألف الذى فى هذا الكيس، بأنه إذا وجده ناقصًا

---

(١) فى أ: ولا يعتبر.
(٢) فى ط: قوله فى ميراثى.

لم يلزمه الإتمام، وأنه إذا لم يوجد منه شيء لزمه الألف، والأصح أنه لا يلزمه شيء، وإن كان ناقصا، فكما لو قال: لا يلزمه الإتمام، كما فى الروضة وقد ذكرناه أولا.

وقوله: لا ما جعل ظرفًا أو مظروفًا، كخاتم فيه فص وعكسه، وتبع خاتما فص، لا أنثى حمل.

أى: وإذا أقر بشىء وجعله ظرفًا لشىء آخر، كقوله: له عندى غمد فيه سيف، أو مظروفًا كقوله: له عندى سيف فى غمده - لزمه الغمد دون السيف فى الأولى وعكسه فى الثانية، وكذلك خاتم فيه فص، وفص فى خاتم، أما إذا أطلق وقال: له عندى خاتم وكان فيها فص، فإنه يلزمه الخاتم بالفص بخلاف ما إذا أقر بحيوان وكان حاملًا، فإن الحمل لا يكون مقرًّا به؛ لاحتمال أن يكون موصى به، ونحوه، والفرق بين الحمل والفص: أن الفص يتناوله اسم الخاتم، ولا يجوز أن يرجع عن بعض ما أقر به، والحمل لا يتناوله اسم أمه، فلم يكن فيه رجوع.

وقوله: ولغا مالى لك، أو لك فيه أو فى ميراثى من أبى ألف، وبتعليق وإن أخر.

أى: وإذا قال: مالى لفلان أو له فى مالى ألف لغا؛ لأن الإقرار لا يملك، وإنما يخبر به عن حق سابق، وكذلك إذا قال: له ألف فى ميراثى من أبى، وقد سبق الكلام عليه، ويلغو أيضًا الإقرار المعلق، سواء قدم التعليق أو أخره، فقوله: على ألف إن شاء الله كقوله: إن شاء الله له على ألف، فتأخيره كتقديمه، يلغو به المعلق، وكذا قوله: إذا جاء رأس الشهر فله علىَّ ألف، وكذا له على ألف إذا جاء رأس الشهر، هذا إذا لم يقصد التأجيل، فإن قصده لزمه.

وقوله: وعلىَّ ألف ألف، أو فألف، أو بل أو مع، أو معه أو فوقه أو تحته ألف ألف.

أى: إذا قال: له علىَّ ألف ألف لزمه ألف واحد لاحتمال التأكيد، ولو قال: ألف فألف فكذلك، إلا إن قال: قصدت العطف، بخلاف أنت طالق فطالق؛ لأنه إنشاء، وهذا إقرار بحق سابق فيحتمل أنه استأنف كلامًا ثم تركه، وكذلك لو قال: له علىَّ ألف بل ألف لم يلزمه إلا ألف واحد؛ لاحتمال أنه قصد الاستدراك، ثم ذكر أنه لا حاجة إليه، وكذلك ألف مع ألف أو معه ألف أو فوقه ألف أو تحته ألف، فربما أراد مع ألف لى، أو معه ألف لى، أو فوقه ألف لى، أو تحته ألف لى، وقد يراد بالفوقية والتحتية، الجودة والرداءة.

وقوله: وألف وألف، أو ثم ألف، أو قبله ألف، أو بعده ألف، أو بل ألفان ألفان.

أى: إذا قال: له علىَّ ألف وألف لزمه ألفان، وكذا لو عطف بـ «ثم»، أو قال: له علىَّ ألف قبله ألف، أو بعده ألف، أو قال: ألف بل ألفان، يلزمه فى كل هذه الصور ألفان؛ لأن العطف يقتضى التغاير، وفرق بين قوله: قبله أو بعده ألف، وبين قوله: فوقه أو تحته ألف: بأن التحتية والفوقية ظرفان يصلحان لمكان الحفظ، وليس كذلك القبلية والبعدية؛ لأنهما هنا للزمان فتعين أن يكون لما هنا قبل الألف أو بعده من الزمان، وحكمه فى

الوجوب حكمه، وكذلك لو قال: له على ألف بل ألفان.

وقال الرافعي: هذا مشكل بما إذا قال: أنت طالق طلقة بل طلقتين، فإنه تقع الثلاث.

قلت: حجة الأصحاب واضحة، ولا إشكال فيها، وذلك أن بل للإضراب عن الأول، والطلاق إنشاء، فإذا أنشأ طلقة، ثم أضرب عنها إلى إنشاء طلقتين، لم يمكن إعادة إنشاء الأولى مع الثانية؛ لأن تحصيل الحاصل محال، فيتعين أن الطلقتين المنشأتين غير الأولى، والإقرار إخبار عما فى الذمة، فإذا أخبر بالبعض ثم أضرب عن الإخبار به إلى الإخبار بالكل، دخل ذلك البعض فيه، وهو ظاهر، ولو كان ما أخبر به معينًا ثم أضرب[1] عنه إلى معين أكثر منه لم يدخل الأول، كما إذا قال: له عليَّ هذا الألف بل هذان الألفان، فإنه يلزمه الثلاثة لتعذر التداخل.

وقوله: ودراهم وألوف، وكذا ألف وألف، وألف ثلاثة إن لم يؤكد الثانى، ودرهم بل ديناران الكل.

أى: إذا قال: له على دراهم أو ألوف[2] لزمه ثلاثة دراهم أو ثلاثة ألوف؛ لأن أقل الجمع ثلاثة، وقوله: ألف وألف وألف ثلاثة أيضًا إن لم يؤكد الثانى بالثالث، وإن أكده به لزمه ألفان، وإن قصد التكرار أولم يقصد شيئًا أو قصد تأكيد الأول بالثانى أو بالثالث، لزمه الثلاثة، وإذا قال: له عليَّ درهم بل ديناران[3] لزمه الدرهم والديناران؛ لأن الدرهم لا يشتمل عليه الديناران.

وقوله: ودرهم فى ألف درهم، إن لم يردهما والحساب أو لم يفهمه كطلاق.

أى: ولزمه بقوله: عليَّ درهم فى ألف درهم واحد إن لم يرد الدرهم والألف، وإن أرادهما لزماه، وعدل فى الإرشاد عن قوله: إن لم يرد[4] الحساب والمعية إلى قوله: إن لم يردهما؛ لأن البلقينى[5] والأسنوى اعترضا وقالا: هو إذا صرح بالمعية، وقال: ألف مع درهم لم يلزمه الدرهم فكيف بالنية، أو لم يرد الحساب، فإن أراده وهو يفهمه لزمه

---

(١) فى ط: ثم أَخْبِر.

(٢) فى أ: ألف.

(٣) فى أ: له على دراهم بل دنانير.

(٤) فى ط: إن لم يعرف.

(٥) هو: عمر بن رسلان بن نصير بن صالح بن شهاب بن عبد الخالق بن عبد الحق، شيخ الإسلام، بقية المجتهدين، سراج الدين أبو حفص، الكنانى العسقلانى الأصل، البلقينى المولد، المصري، مولده فى شعبان سنة أربع وعشرين وسبعمائة، أخذ الأصول عن الشيخ شمس الدين الأصفهانى، وأجازه بالإفتاء، وأخذ النحو والأدب عن الشيخ أبى حيان، وتخرج بغيرهم من مشايخ العصر، ومن تصانيفه: كتاب محاسن الاصطلاح وتضمين كتاب ابن الصلاح فى علوم الحديث، الكشاف على الكشاف وصل فيه إلى أثناء سورة البقرة، وغير ذلك، توفى فى ذى القعدة سنة خمس وثمانمائة.
تنظر ترجمته فى: طبقات ابن قاضى شهبة (٤/ ٣٦).

ألف، أو أراده ولكنه لا يفهمه لم يلزمه إلا الدرهم؛ لأن من لا يفهم شيئًا لا يريده.

وكذلك حكم الطلاق، فإذا قال: أنت طالق طلقة فى طلقتين، إن أراد الحساب وهو يفهمه وقع طلقتان، وإن أراد طلقة مع الطلقتين، وقع الثلاث، وإن أراد الظرفية أو لم يرد شيئًا أو أراد الحساب ولم يفهمه، وقعت الطلقة واحدة.

وقوله: وكذا درهم درهم، فإن كرر كذا بواو أو بثم ونصب درهمًا، تكرر، وإلا فلا.

أى: وإذا قال: له علىَّ كذا درهم أو كذا درهم بالجر أو الرفع أو النصب، لم يلزمه إلا درهم واحد، فإن كرر كذا بالواو، أو بثم ونصب درهمًا تكرر؛ لكون الدرهم تفسيرا لكل منهما بمقتضى العطف، فإذا قال: له على كذا وكذا وكذا درهما لزمه ثلاثة دراهم، وإن رفع الدرهم أو خفضه، أو لم يكرر بالواو، أو ثم، لم يلزمه إلا درهم واحد؛ لأنه يحتمل التأكيد، إذا لم يعطف وإذا لم ينصب؛ ولأنه لم يجعله تمييزًا حتى يقدر(١) للآخر مثله.

وقوله: والألف مبهم فى ألف ودرهم، لا ألف وأحد عشر، أو أحد وعشرين درهمًا، ولا النصف فى درهم ونصف.

أى: إذا قال: له علىَّ ألف ودرهم، أو ألف وثوب، فالألف مبهم ويفسره بما شاء، أما إذا قال: له علىَّ ألف وأحد عشر درهما أو ألف وأحد وعشرون درهمًا [ولا النصف فى درهم ونصف](٢)، فإن الألف درهم لا يكون مجملا؛ لأنه جعل الدراهم تمييز للجميع، وكذلك إذا قال: درهم ونصف فليس النصف مجملا له؛ لأنه لم يسبق إلى الذهن، إلا أنه نصف درهم، بخلاف قوله: نصف ودرهم فإن النصف مبهم؛ لكونه فى هذه لا يسبق إلى الفهم أنه من الدرهم.

وقوله: وإن أقر لزيد ثم لعمرو، وغرم لعمرو أو قال: غصبته من زيد، وهو لعمرو، وبرئ بقبض زيد، لا وهو ملتقط.

أى: إذا قال من فى يده المال: هذا المال لزيد، ثم أقر به لعمرو، سواء اتصل الإقرار أو انفصل، فإنه يسلم إلى زيد بإقراره، ويلزمه لعمرو الغرم؛ لأنه حال بينه وبين ماله بإقراره به لغيره، والحيلولة توجب الضمان كالإتلاف، ألا تراه لوغصب عبدًا ثم أبق عليه لزمته قيمته للحيلولة، ولو باع عينا وأقبضها وقبض الثمن، ثم قال: كنت بعتها من زيد، لم يقبل قوله على المشترى، وغرم القيمة للمقر له، فإذا قال: غصبت هذه العين من زيد وهى ملك لعمرو برئ بأن يسلمها إلى زيد، ولا يغرم لعمرو على الأصح؛ لأنه لا منافاة بين الإقرارين، فقد يكون زيد مستأجرًا أو مرتهنًا، وكذا لو قدم الملك، وقال: ملكها لعمر

(١) فى ط: على أن يقدّر.

(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

وغصبتها من زيد، لا يختلف الحكم، على الأصح، وقيل: لا يبرأ حينئذ، إلا بالتسليم إلى عمرو، ويغرم لزيد، وإنما يبرأ إن لم يكن ملتقطا.

وقوله: واتحد بتاريخين، ولغتين، وقدرين، لا بسببين ووصفين، ولا إنشاء ولو بكل شاهد.

أى: إذا أقر يوم السبت بألف، ويوم الأحد بألف لزمه ألف واحد؛ لأن الإقرار إخبار، والمخبر عنه لا يتعدد بتعدد الإخبار عنه، وكذلك الحكم إذا أقر بالعربية ثم بالعجمية، وكذلك إذا أقر بألف، تم بألفين، لا يتعدد الإقرار بالألف بل يدخل فى الثانى، ويلزمه ألفان، ولو شهد بكل شاهد لفقت شهادتهما، وهذا بخلاف ما إذا ذكر لكل سببان أقر بألف من ثمن عبد، ثم أقر بعد ذلك بألف من ثمن جارية، أو اختلف الوصف، بأن أقر بألف صحاح، ثم أقر بألف مكسرة أو بألف حالَّة، ثم بألف مؤجلة - فإنه يلزمه الألفان؛ لأن الأول غير الثانى، وكذا الإنشاءات كالبيوع والطلاق لا يتحد، فإذا شهد واحد أنه باعه يوم الجمعة عبدا بألف وآخر بأنه باعه يوم السبت عبدا بألف، فله أن يحلف مع كل شاهد ويستحق الألفين، ولو شهد واحد أنه طلق يوم الجمعة طلقة، وشهد آخر أنه طلق يوم السبت طلقة، لم يثبت بشهادتهما شىء، وكذلك سائر الأفعال التى سببها يتوقف[1] على الشاهدين؛ كالقصاص وقطع السرقة والقذف.

وقوله فى الحاوى: ومطلق ومضاف ولو بكل شاهد لا الإنشاء، اعلم أنه قد عد المطلق والمضاف فيما يتحد مع اختلاف التاريخ واللغة والقدر، واستثنى الإنشاء من الجميع، فقضى بأن للمطلق والمضاف فى الإنشاء حكمًا غير حكمه فى الأقارير، وحكمه فى الجميع واحد، فإذا قام شاهد بأنه باعه يوم الجمعة عبدًا بألف، وشاهد بأنه باعه عبدا بألف وأطلق، فهو كما لو لم يصف، ويلزمه بشهادتهما ألف فقط، وكذا لو شهد شاهدان أنه طلق اليوم طلقة، وشاهدان أنه طلقها طلقة وطلقة لم يقع إلا طلقة، وقد ترك فى الإرشاد ذكر المضاف والمطلق، اكتفاء بما فى الدعاوى.

الإقرار بالنسب

وقوله: فصل: يثبت بإقرار ذكر مكلف نسب مجهول، لم يرق، ممكن بشرط تصديق أهل لا غير، وإن جحد بعد كماله، وعدم إنكار ميت.

أى: ويشترط فى ثبوت الإقرار بالنسب، أن يكون المقر ذكرًا مكلفًا، فلو أقرت المرأة لم يلحقها النسب، على الأصح سواء كانت مزوجة أم لا، ويصح إقرار العبد بالنسب وإن كذبه السيد على الأظهر، ويشترط أن يكون المقر بنسبه مجهولًا، فإن كان معروف النسب

(١) فى ط: التى ينشئها ويتوقف.

لم يصح الإقرار به وإن صدقه، وأن يكون حرًا لا ولاء عليه، ولو استلحق واحد عبد غيره أو عتيقه لم يقبل، وأن يكون من يدعيه المقر ممكنا منه، فلا يقر لمن يقاربه بالسن أنه ولده، ولا ينسب ولد امرأة قدمت من بلاد بعيدة لا يمكن أن يسافر إليها لملازمته الوطن، ولو مات المجهول فاستلحقه رجل لحقه، وإن كان هناك تهمة كما إذا خلف مالًا، وكان المستلحق قاتلًا له، فإنه يلحقه ويسقط عنه القصاص، على الأصح، لكن إذا كان هذا المجهول بالغًا عاقلا حيًا، اشترط تصديقه، ولا يكفى عدم إنكاره، وإن كان ميتًا اشترط ألا يسبق منه إنكار على الأصح؛ لأن تصديقه متعذر، ولو استلحق صبيًا[١] أو مجنونًا لحقه، فلو بلغ الصبى أو أفاق المجنون، ثم أنكر النسب، لم يلتفت إليه؛ لأن النسب يحتاط له، فلا يندفع بعد ثبوته كالثابت بالنسبة.

وقوله فى الحاوى: يثبت بإقرار ذكر مكلف إلى قوله: لا إن بلغ وأنكر، فيه أمور:

أحدها: قوله: نسب مجهول يدخل فيه ما إذا استلحق عبد غيره أو عتيقه، وهو لا يلحقه؛ لما فيه من إبطال حق السيد.

الثانى: قوله: يمكن إن لم ينكر، مقتضاه: أنه إذا استلحقه كاملًا، ولم يعترف، بل سكت لحقه، وهو خلاف ما صرح به فى العزيز والروضة هنا من أن تصديقه شرط.

الثالث: أنه بين حكم الصبى ولم يبين حكم المجنون[٢]، إذا استلحق ولا إذا أفاق وكذبه وهو كالصبى، يستلحق فإذا أفاق وكذبه لا يؤثر تكذيبه على الأصح.

وقوله: بإيلاد، إن قال: علقت به فى ملك.

أى: وإذا ثبت النسب ولحقه الولد لم يثبت الاستيلاد، إذا كان من أمته حتى يقول: علقت به فى ملكى ونحو ذلك، ولا يكفى أن يقول: ولدته فى ملكى، على الأصح؛ لاحتمال علوقها فى غير ملكه بنكاح ونحوه وحصول الولادة فى ملكه، إلا إن قال: ولها فى ملكى عشر سنين، وهو ابن ست مثلا؛ لأنه لما قدم تاريخ الملك على تاريخ العلوق صارت أم ولد ولحقه ما ولدته بعده؛ لأنها صارت بالوطء فراشًا.

وقوله: وبأحد ولدى أمتيه عين[٣]، ثم وارث ثم قائف، ثم قرعة، بمجرد حرية له ولأمه، لا نسب وبأحد أولاد أمته، لحقه من عين ومن بعده، إن لم يدع استبراء، والأصغر نسيب ويقارع معهم.

أى: إذا أقر بنسب أحد ولدى أمتيه لزمه أن يعين فإن مات عين الوارث[٤]، فإن أشكل

---

(١) فى أ: ولو استلحق ميتًا.

(٢) فى ط: المجهول.

(٣) فى ط: أحقية عيّن.

(٤) فى ط: يعين الوارث.

فالقائف. فإن أشكل عليه فالقرعة. ولا يثبت بالقرعة إلا الحرية، فقط، فإذا خرجت القرعة لواحد بان حرًا، ولم يثبت نسبه؛ لأن القرعة لا مدخل لها فى إثبات النسب. والأصح أنه يثبت بها حرية الأم أيضًا؛ لأن المقصود من الاستيلاد فى حقها الحرية وهى تثبت بالقرعة، وإن أقر بأحد أولاد أمته أنه ولده لزمه أن يعينه، فإن عين الأكبر لحقه. ولا يثبت الاستيلاد إلا إذا قال: علقت به فى ملكى كما تقدم، فإذا اعترف بذلك فهو اعتراف بالوطء فى الملك فتصير فراشًا له ويلحقه باقى الأولاد بالفراش إلا إذا ادعى استبراء، فإنهم يصيرون أولاد مستولدته.

وإن مات قبل أن يعين قام وارثه مقامه فى التعيين، فإن أشكل عليه أو لم يكن قائف أقرع بينهم للحرية فقط، فإذا كان للأمة ثلاثة أولاد أقرع بينهم، فإن خرجت القرعة للكبير حكم بحريته دون الأوسط، ولم يثبت النسب؛ لأن القرعة لا مدخل لها فيه، وحكم بحرية الأم؛ لأنها حرة بموت السيد على كل تقدير لاعترافه بولد منها، ثم الأصغر حر على كل تقدير؛ لأنه إما ولد أو ولد أم ولد مات سيدها، ولا يعتق الأوسط للشك، والصحيح أنه يجب إدخال الصغير فى القرعة وإن كان حرًا على كل تقدير؛ لأنه ربما يخرج عليه ويحكم بحريته وحده. ولا يوقف ميراث لتعذر العلم بالنسب، قال الرافعى: قال المزنى[1]: إن الصغير حر نسيب على كل تقدير، قال: وجرى الأصحاب كعادتهم فى الطعن على اعتراضاته متبادرين، لكن الحق المطابق لما تقدم: أن يفرق بين ما إذا كان السيد قد ادعى الاستبراء، وبين ما إذا لم يدعه. ويساعده عليه فى الحالة الثالثة.

وقوله فى الحاوى: عين أو وارثه ثم القائف، ثم يقرع لمجرد العتق، فيه أمور:

أحدها: أن القونوى قال: لو قال: ثم وارثه لكان[2] أحسن، وليس مراده أحسن من حيث إنه يوهم أن الوارث تعين فى حياته، فإن هذا لا يتوهم لكن رآه أنسب.

الثانى: قوله: ثم يقرع لمجرد العتق صوابه لمجرد الحرية؛ لأن الذى يخرج له القرعة يكون حر الأصل؛ لأنه لا يثبت عليه ولاء.

---

(١) هو: إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل بن عمرو بن إسحاق، أبو إبراهيم، المزنى، المصرى، ولد سنة خمس وسبعين ومائة، الفقيه الإمام صاحب التصانيف، أخذ عن الشافعى وكان يقول: أنا خلق من أخلاق الشافعى. كان زاهدًا، عالمًا، مجتهدًا، مناظرًا، محجاجًا، غواصًا على المعانى الدقيقة، صنف كتبًا كثيرة، قال الشافعى: المزنى ناصر مذهبي. توفى فى رمضان - وقيل: فى ربيع الأول - سنة أربع وستين ومائتين.

تنظر ترجمته فى طبقات ابن قاضى شهبة (١/ ٥٨)، طبقات السبكى (٢/ ٩٣).

(٢) فى ط: لو قال عين ثم ولدته لكان.

الثالث: قوله: عتق المعين، ومن هو أصغر منه[١]، أطلق دخول الأصغر فى الحرية، وذلك إذا لم يدع الاستبراء، فإن ادعاه لم تقع الحرية لعين[٢] من عين.

الرابع: أنه لم يبين ما حكم الأم فى مسألة الأمتين، هل تعتق بالقرعة؟ وفيه وجهان: الأصح أنها تعتق بها والثانى لا تعتق؛ لأنه لا يثبت النسب بالقرعة وحريتها تبع له، وصححه الإمام، وهذا كله إذا قال أحدهما: ولدى علقت به فى ملكى.

وقوله: ويلحق بميت بإقرار وارث حائز وإن سبق جحد، فإن أقر بمجهول، وأقر بثالث، فأنكر الثانى سقط أو بمن يحجبه لم يرث.

أى: إذا أقر الوارث الحائز، أو الورثة الحائزون، وتعتبر معهم[٣] الزوجة فى الأصح بنسب مجهول من الميت، لحق به نسبه وإن كان قد سبق إنكار من الميت له على الأصح، كما إذا استلحقه المورث بعد ما نفاه، وكذا إن أقر بعض الورثة وأنكر بعض فمات المنكر، وورثة المقر، ثبت النسب، وكذا إن أنكر الحائز ثم مات وأقر وارثه، وكذلك إذا اعترف الحائز بعد ما أنكر، كل هذه المسائل تفهم من قوله: وإن سبق جحد.

ثم هذا المجهول إذا أنكر نسب المعلوم المقر بنسبه فإن إنكاره يلغو، وقيل: يحتاج المقر إلى بينة وهو ضعيف، نعم لو أقر بثالث، فأنكر الثالث نسب الثانى، سقط إن لم يثبت نسبه، ولو أقر الأخ الحائز بابن للميت ثبت نسبه ولم يرث؛ لأنه لو ورثه لم يكن الأخ وارثًا فلا يكون من أهل الإقرار بالنسب، فيؤدى توريثه إلى إبطال إرثه، وأما إذا أدى ثبوته إلى إبطاله فيبطل الإرث ويثبت النسب.

وقوله: وإن أقر بعض لزمه باطنًا بحصته.

أى: إذا أقر بعض الورثة بنسب مجهول وأنكر الباقون لم يثبت نسبه ولا إرثه، وهل يجب على من علم نسبه من الورثة أن يغرم له مما أخذ من التركة بحصة من نصيبه؟ وجهان الأصح أنه يلزمه ذلك باطنًا لا ظاهرًا.

* * *

---

(١) فى ط: عنه.
(٢) فى ط: لغير.
(٣) فى ط: منهم.

العارية[(1)]

وقوله: باب: صح من ذى تبرع، إعارة أهل لقبوله غير سفيه، عينًا لانتفاع مملوك حل وقصد وإن بقيت معه، واتحد أو بين جنسه كازرع أو عم، كانتفع ما شئت.

أى: وتصح العارية بهذه الشروط المذكورة، فيشترط أن يكون المعير أهلًا للتبرع؛ لأنه تبرع بالمنفعة، فلا تصح عارية الصبى[(2)] والمجنون والمحجور عليه ولا المكاتب بلا إذن سيده؛ لأنه ليس من أهل التبرع، ويشترط أن يكون المستعير أهلا لقبول التبرع عليه، وألا يكون سفيها، فلا تصح استعارة الصبى والمجنون ولا السفيه؛ لما يترتب عليها من الضمان.

ويشترط أن يكون المستعار عينًا ينتفع بها مع بقائها؛ فيصح إعارة الدابة للركوب[(3)]،

---

(١) الإعارة فى اللغة: من التعاور، وهو التداول والتناوب مع الرد. والإعارة مصدر أعار، والاسم منه العارية، وتطلق على الفعل، وعلى الشىء المعار، والاستعارة طلب الإعارة. وفى الاصطلاح عرفها الفقهاء بتعاريف متقاربة؛ فقال الحنفية: إنها تمليك المنافع مجانا. وعرفها المالكية: بأنها تمليك منفعة مؤقتة بلا عوض. وقال الشافعية: إنها شرعا إباحة الانتفاع بالشىء مع بقاء عينه. وعرفها الحنابلة: بأنها إباحة الانتفاع بعين من أعيان المال.

والأصل فى مشروعية الإعارة الكتاب والسنة والإجماع والمعقول: أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ﴾ فقد روى عن ابن عباس وابن مسعود أنهما قالا: الماعون العوارى. وفسر ابن مسعود العوارى بأنها القدر والميزان والدلو. وأما السنة: فما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال فى خطبة حجة الوداع: «والعارية مؤداة. والدين مقضى. والمنحة مردودة. والزعيم غارم». وروى صفوان بن أمية «أن النبى صلى الله عليه وسلم استعار منه أدرعا يوم حنين، فقال: أغصبا يا محمد؟ قال بل عارية مضمونة». وأجمع المسلمون على جواز العارية. ومن المعقول: أنه لما جازت هبة الأعيان جازت هبة المنافع، ولذلك صحت الوصية بالأعيان والمنافع جميعا.

واختلف الفقهاء فى حكم الإعارة بعد إجماعهم على جوازها، فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أن حكمها فى الأصل الندب، لقوله تعالى: ﴿وَٱفْعَلُواْ ٱلْخَيْرَ﴾ وقول النبى صلى الله عليه وسلم: «كل معروف صدقة» وليست واجبة لأنها نوع من الإحسان؛ لقول النبى صلى الله عليه وسلم: «إذا أديت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك»، وقوله: «ليس فى المال حق سوى الزكاة» وقيل: هى واجبة. واستدل القائلون بالوجوب بقوله تعالى: ﴿فَوَيْلٌ لِّلْمُصَلِّينَ ٱلَّذِينَ هُمْ عَن صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ ٱلَّذِينَ هُمْ يُرَآءُونَ وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ﴾ نقل عن كثير من الصحابة أنها عارية القدر والدلو ونحوهما. قال صاحب الشرح الصغير: وقد يعرض لها الوجوب، كغنى عنها، فيجب إعارة كل ما فيه إحياء مهجة محترمة لا أجرة لمثله، وكذا إعارة سكين لذبح مأكول يخشى موته، وهذا المنقول عن المالكية لا تأباه قواعد المذاهب الأخرى. وقد تكون حراما كإعطائها لمن تعينه على معصية. وقد تكون مكروهة كإعطائها لمن تعينه على فعل مكروه.

(٢) فى ط: إعارة الصبى.

(٣) قال الحنفية: إن إعارة الدواب إما أن تكون مطلقة أو مقيدة، فإن كانت مطلقة، بأن أعار دابته مثلا ولم يسم مكانا ولا زمانا ولا ركوبا ولا حملا معينا فللمستعير أن يستعملها فى أى زمان ومكان شاء، وله =

والثوب للبس، والأرض للزراعة؛ لأن العين تبقى مع الانتفاع.

ولا تصح إعارة الطعام ونحوه مما منفعته فى استهلاكه.

ولا يشترط كون العين معلومة، فلو قال رجل لآخر: أعرنى دابة، فقال: ادخل الإصطبل وخذ دابة، ففعل فعارية صحيحة.

ويشترط أن يكون المعير مالكًا للانتفاع الذى تبرع به، فلا تصح إعارة المستعير بخلاف المستأجر، ويشترط أن تكون المنفعة مقصودة، فلا تصح إعارة الدراهم والدنانير؛ لأن منفعتهما المقصودة إنما تحصل بصرفها، وأما التزين بهما فلا يقصد فى العادة، فإن استعارهما للتزين بهما، قال الرافعى والنووى: ينبغى القطع بالصحة وبه قطع[1] المتولى؛ لأنه جعل هذه المنفعة مقصودة.

ويشترط أن يكون الانتفاع حلالاً، فلا يجوز إعارة الصيد من المحرم؛ لأن إمساكه فضلاً عن الانتفاع به حرام عليه، وإن أتلفه لزمه جزاء لله تعالى وقيمته للمالك.

ولا يجوز إعارة الجارية للاستمتاع، وألحقوا بذلك ما إذا أعارها للخدمة، من غير محرم خوف الفتنة، أما إذا أعارها للمحرم والمرأة فجائز، وكذلك إذا كانت عجوزة لا تشتهى، أو قبيحة المنظر شوهاء على الأصح.

ويشترط أن تكون المنفعة معلومة، فإن لم ينتفع بالعين إلا فى جهة واحدة كالبساط للفراش لم يشترط تبيين الانتفاع، وإن تعددت وجوه الانتفاع كالأرض تصلح للزراعة والغراس والبناء، فالأصح أنه لابد من تبيين جنس الانتفاع، فإذا استعار للزراعة مطلقًا،

= أن يحمل أو يركب؛ لأن الأصل فى المطلق أن يجرى على إطلاقه، وقد ملكه منافع العارية مطلقا فكان له أن يستوفيها على الوجه الذى ملكها. إلا أنه لا يحمل عليها ما يضرها، ولا يستعملها أكثر مما جرى به العرف، حتى لو فعل فعطبت ضمن؛ لأن العقد وإن خرج مخرج الإطلاق لكن المطلق يتقيد بالعرف والعادة دلالة، كما يتقيد نصا. ولا يملك المستعير تأجير العارية، فإن أجرها وسلمها إلى المستأجر فهلكت عنده ضمن المستعير أو المستأجر، لكن إذا ضمن المستأجر رجع على المستعير. وإذا قيد المعير الإعارة تقيدت بما قيدها به. فإن خالف المستعير، وعطبت الدابة ضمن بالاتفاق. وإن خالف وسلمت فهناك اتجاهان: المالكية والشافعية والحنابلة يرون أن المستعير يضمن أجر ما زاد فى المسافة أو الحمل وتقدير ذلك يرجع فيه إلى أهل الخبرة. ولم يتعرض الحنفية لهذا الفرع فى كتاب الإعارة ولكن تعرضوا لهذه المسألة فى كتاب الإجارة فقالوا: «إذا زاد على الدابة شيئا غير متفق عليه وسلمت يجب عليه المسمى فقط، وإن كان لا يحل له الزيادة إلا برضى المكارى».

ولما كان كل من الإعارة والإجارة فيه تمليك المنفعة وكان أخذ الأجر فى الإجارة مسلما وفى الإعارة غير مسلم؛ لأنها من باب الإحسان والتبرع، فإن عدم وجوب أجر فى مقابلة الزيادة يكون فى الإعارة من باب أولى، فإذا أعار إنسانا دابة على أن يركبها المستعير بنفسه فليس له أن يعيرها غيره؛ لأن الأصل فى المقيد اعتبار القيد فيه إلا إذا تعذر اعتباره.

(١) فى أ: صرح.

زرع ما شاء ولم يغرس ولم يبين، وإن عم فقال: انتفع بها ما شئت، جاز أن يغرس ويزرع ويبنى على الأصح.

[وقوله فى الحاوى: صح إعارة أهل التبرع إلى قوله: والأمة من غير المحرم، فيه أمور:

أحدها: أن قوله: أهلاً للتبرع عليه، كلام غير تام، فإن الطفل والمجنون والبهيمة أهل للتبرع عليهم، وهذه عبارة العزيز والروضة، لكنهما احترزا فقالا: أهلاً للتبرع عليه بعقد يشتمل على إيجاب وقبول، فالطفل ليس أهلاً للتبرع عليه يعقد بعقده.

الثانى: أنا إذا سلمنا له هذا وقلنا: أراد التبرع عليه بعقد، فإنه ينتقض أيضًا بالسفيه، فإنه أهل للتبرع عليه بعقد؛ إذ له قبول الهبة والوصية على الأصح، وليس لنا أن نقبل العارية كما قال القمولى فى الجواهر: إنه مفهوم من كلامهم وإنه صرح به المحاملى ومجلى.

الثالث: قوله: لمنفعة، اعترض عليه ابن النحوى فى تحريره، منه ما إذا قال: أبحت در هذه الشاة ونسلها، فإن الأصح من زوائد الروضة الصحة، فعلى هذا العارية لاستعارة عين.

قلت: والحق أن لا اعتراض؛ فإن الدر والنسل ليسا مستفادين بالعارية، بل بالإباحة، والمستعار هنا الشاة لمنفعة وهى إيصالك لما هى لك، فهى كما لو استعرت مجرى فى أرض غيرك ليوصل ماءك إلى أرضك.

الرابع: قوله: مباحة، وقد علمت أن المباح ما ليس بمحرم ولا مكروه، وقد جوزوا إعارة الوالد من ولده، والمسلم من الكافر، وليس ذلك مباحًا بل مكروهًا، فلو قال: غير محرمة لارتفع الإشكال.

الخامس: قوله: لا النقد، مقتضى كلامه: أنه لو صرح باستعارة النقد للتزيين به أيضًا أنه لا يجوز أيضًا. والأصح كما قال فى العزيز والروضة الصحة.

السادس: أنه أطلق تحريم إعارة الأمة من غير المحرم، والأصح أنها إن كانت قبيحة المنظر جاز إعارتها، وصححه النووى فى زوائد الروضة، وأما ابن الرفعة فنقل فى مطلبه عن الأكثرين كراهة إعارة الجارية بلا تحريم][(١)].

وقوله: لا مستعارة، ونقدًا لغير تزيين، [هو ما احترز عنه بقوله: لانتفاع مملوك، وقد بيناه وقوله: ونقدًا لغير تزيين، هو ما احترز عنه بقوله: قصد، وقوله:][(٢)] وصيدًا لمحرم،

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

وأمة غير شوهاء لأجنبى، هو ما احترز عنه بقوله: حل، وقد سبق بيان ذلك كله.

وقوله: وكره إعارة مسلم لكافر، ووالد لخدمة ولده.

أى: ويكره إعارة المسلم للكافر مطلقًا. وقيل: يحرم، وقيل: إن كانت للخدمة حرمت، وكذا إذا استعار الولد والده ليستخدمه كره إعارته إياه، وأما ليرفهه فلا يكره.

وقوله فى الحاوى: كرهن الحسناء من فاسق. اعلم أنه تبع فى ذلك كلام الوجيز، قال الرافعى عند شرح كلامه: قوله فى الكتاب: وكذا رهن الجارية الحسناء ممن ليس بعدل، يشعر بجواز الرهن من العدل بلا كراهة. ولفظ الوسيط كالمصرح بذلك، لكن المعظم ما قنعوا[١] بالعدالة فى جعلها مع العدل، بل شرطوا معها أن يكون ذا أهل.

ونقل الرافعى عن الشيخ أبى على[٢] أن رهن الجارية الحسناء من غير محرم لا يجوز إلا أن تكون محرما، للمرتهن، قال الرافعى: والمذهب[٣] المشهور جواز رهن الجوارى مطلقًا، ثم إن كانت لا تشتهى فكالعبد، وإلا فإن رهنت من محرم أو امرأة فذاك. وإن رهنت من أجنبى: فإن كان ثقة وعنده زوجته أو جاريته أو نسوة يؤمن معهن من الإلمام بها فلا بأس أيضًا، وإلا فلتوضع عند محرم لها أو امرأة ثقة، أو عدل فى الصفات المذكورة فى المرتهن، فإن كان شرط وضعها عند غير من ذكرناه فهو شرط فاسد، انتهى.

فتخصيصه فى الحاوى الكراهة بالفاسق غير مطابق لكلام المعظم؛ لأنه إن أراد الكراهة فى العقد للخروج من خلاف الشيخ أبى على، فإنه لم يخص الفاسق بل عم ما سوى المحرم، وإن أراد ما قاله الأصحاب، فقد جوزوا الرهن مطلقًا، وإنما منعوا إثبات اليد عليها للأجنبى - وإن كان عدلاً - إلا إن كان له أهل ونحوه. فإن كان عدلاً بلا أهل أو فاسقًا له أهل لم يجز وضعها عنده، وإن اشترط وضعها عنده، فهو شرط فاسد، ومثله يفسد به العقد، وقد ذكر فى الإرشاد هذه المسألة فى الرهن.

وقوله: بلفظ دل ولو معلقًا ومن طرف، أو بأكل اعتيد من إناء هديه تطوع، وأعرتك لتعيرنى فى إجارة فاسدة.

---

(١) فى ط: ما تبعوه.

(٢) وهو الحسن - وقيل: الحسين - ابن القاسم، أبو على الطبرى، صاحب «الإفصاح»، وصنف فى الأصول، والجدل، والخلاف، وهو أول من صنف فى الخلاف المجرد، وكتابه فيه يسمى «المحرر»، توفى ببغداد سنة خمسين وثلاثمائة.
تنظر ترجمته فى: طبقات ابن قاضى شهبة (١/ ١٢٧)، طبقات الفقهاء ص(١١٥).

(٣) فى ط: فى المهذب.

أى: وتصح الإعارة بلفظ دال على الإذن ولو من أحد الطرفين، كأعرتك[1]، أو خذها لتنتفع بها، ثم إن شاء قبل باللفظ وإن شاء قبل بالفعل كالأخذ، وكذلك إذا قال: أعرنى فأعطاه إياه وهو قريب من الإباحة، وكذلك لا يشترط اللفظ فى استعمال إناء الهدية التى يبعث بها المهدى، إذا لم يكن بثواب فإنه ما لم ينتفع بالإناء فهو أمانة، وإن انتفع به، فإن كان الانتفاع المعتاد كأكل الهدية، مثل إناء يؤكل من مثله كان عارية، وإن كان غير معتاد، فغصب، وإن كانت الهدية بشرط ثواب[2] فهو كالإجارة الفاسدة، وتلزم به أجرة المثل ولا ضمان.

وقوله فى الحاوى: بإيجاب وقبول، بلفظ من طرف، وأعرتك لتعيرنى، إجارة فاسدة، واغسل استعارة بدنه. فيه أمور:

أحدها: قوله: بإيجاب وقبول، قد يوهم وجوب القبول على الفور، وامتناع التعليق فى العارية كما فى الهبة وسائر العقود، وليس كذلك بل يجوز تعليقها وتأخير القبول، ألا تراه لو رهن أرضًا وأذن له فى غرسها بعد شهر كانت بعد الشهر[3] عارية، غرس أم لا، وهى قبله أمانة، حتى لو غرس قبله قلع. ذكره فى العزيز والروضة.

الثانى: أنه يرد عليه ما إذا حمل إليه هدية فى إناء وأكل منه؛ فإن الإناء بأكل الهدية منه يصير عارية لا يضمن أجر استعمالها ويضمن إن تلف، ولم يجز فى هذه العارية لفظ من طرف.

الثالث: قوله: واغسل استعارة بدنه، فذكر ذلك فى باب الإجارة، حيث قال: ولا أجرة لعمل دون شرطه، فيه تكرار.

---

(١) وتصح بكل لفظ يدل على الإعارة من لفظ أو إشارة أو فعل، وهذا عند المالكية والحنابلة. والصحيح عند الشافعية أنه لا بد من اللفظ للقادر عليه. أو الكتابة مع النية، وفى غير الصحيح أنها تجوز بالفعل. وعند الحنفية أن ركن الإعارة الإيجاب بالقول من المعير، ولا يشترط القول فى القبول، خلافا لزفر فإنه ركن عنده، وهو القياس، وتنعقد عندهم بكل لفظ يدل عليها ولو مجازا.

(٢) الثواب فى الهبة العوض المالى، والأصل فى الهبة ألا يكون فيها عوض مادى؛ لأنها تبرع وليست معاوضة، إلا أنه يجوز التعويض فيها وتسمى هبة الثواب، وهى الهبة التى يتم الاعتياض عنها، والعوض فى الهبة إما أن يشترط فى العقد أو لا: فإن اشترط فى العقد وكان معلوما صح العقد عند الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية فى الأظهر نظرا للمعنى عندهم، والقول الثانى للشافعية: أن العقد باطل نظرا إلى اللفظ لتناقضه، فإن لفظ الهبة يقتضى التبرع. وإذا صح العقد اعتبر بيعا أو كالبيع فى الجملة. ويكون له أحكام البيع فيثبت فيه حق الخيار، وحق الرد بالعيب، وحق الشفعة، ويسقط حق الرجوع إلا أن الحنفية اشترطوا لإسقاط حق الرجوع التقابض، وروى عن أحمد ما يقتضى أن يغلب فيها حكم الهبة فلا تثبت فيها أحكام البيع.

(٣) فى ط: كان الشهر.

وقوله: ولزم من أعير ولو لله، لا لشغل معير، مؤن رد وقيمة يوم تلف لا باستعمال ولو بإعارة[١] مالك منفعة، فقط.

أى: ويلزم المستعير مؤن الرد؛ لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[٢] ولأنا لو جعلنا مؤنة الرد على المعير لامتنع الناس منها، ولو وجد رجلاً منقطعًا فأعاره دابة ليركبها متصدقا عليه بالركوب لزمه مؤنة الرد، وإن تلفت تحته لزمه ضمانها، أما إذا استعاره ممن يملك المنفعة دون العين كالموصى له بها والمستأجر، فإنه لا يضمنها إذا تلفت تحت يده؛ إذ يده كيد الموصى له بالمنفعة والمستأجر، وهما لا يضمنان العين إن تلفت، وكذلك لا يلزمه مؤنة ردها إلى المالك، ويلزمه مؤنة ردها إلى من أعاره، فلا يضمن من ركب دابة أعاره إياها المالك لشغله؛ لأنه لم يركب لحاجة نفسه، فهو كمن سلم دابته إلى رائض ليروضها له فهلكت تحته لا يضمن، ويضمنها بقيمة يوم التلف لا بأقصى القيم، ولا بقيمة يوم القبض؛ لأن فى إيجابهما إيجاب ضمان الأجزاء بالاستعمال، وهى غير مضمونة على الصحيح، وإنما يلزم الضمان إذا كان التلف بغير الاستعمال المأذون فيه، أما إذا تلفت بالمأوذن فيه فلا ضمان كتلف الثوب باللبس، والدابة بالحمل المأذون فيه، وإن تلفت بسبب آخر من مرض أو عارض هرم ونحوه فلا يضمن.

وقوله فى الحاوى: لا من المستأجر – أى لا يضمن المستعير من المستأجر – لأن يده يد أمانة. وهذا إذا كانت الإجارة صحيحة، فإن كانت فاسدة فللمالك أن يضمن المستعير منه والمستأجر، والقرار على المستعير ولا يقال: حكم الإجارة الفاسدة كحكم الإجارة الصحيحة فى كل ما تقتضيه، بل فى سقوط الضمان.

[بما تناوله الإذن، لا بما اقتضاه حكمها، فلو قال: مالك المنفعة، لجمع حكم المسألتين، وتخلص من الاعتراض بحكم الإجارة الفاسدة.

وقوله: وبدل بالمأذون مثله ضررًا من نوعه ما لم ينه وبالغراس والبناء زراعة لا أحدهما بالآخرين.

أى: وله أن يبدل بالانتفاع المأذون انتفاعًا يماثله فى الضرر إذا كان من نوعه، وأما بدونه فمن طريق الأولى.

ثم إذا أعاره لزرعة الذرة، فله أن يزرع الحنطة؛ لأنها أقل ضررًا، وله أن يبدل أنواع الذرة بعضها ببعض إذا لم يزد ضرر ما أبدله عما عينه، وهذا إذا لم ينهه عنه، فإن نهاه لم يجز

---

(١) فى ط: ولا بإعارة.

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٦١) والترمذى (١٢٦٦) وابن ماجه (٢٤٠٠).

الإبدال، ولو بما هو أقل ضررًا.

فإذا استعار ليغرس أو ليبنى جاز أن يزرع. وقيل: لا يجوز أن يزرع من استعار للبناء؛ لأنه يرخى الأرض، والأصح الجواز.

وإذا استعار للبناء والزرع لم يجز له أن يغرس، وكذا إذا استعار للغراس أو للزرع لم يجز له أن يبنى وهو المراد بقوله: إلا أحدهما بالآخريْنِ.

وقوله: ورجع متى شاء ولو فى وضع جذع لا قبر قبل بلى وكفن ودفن وقلعه بأرش أو بَقَّاه بأجر وبقى زرع لم يعتد قطعه بأجر وقلع مجانا زرع عينت مدته فأخر وبذر حمله سبل][1].

أى: وللمعير الرجوع متى شاء إن أعاره مطلقًا، وإن أعاره مؤقتا فله الرجوع قبله على الصحيح، وإذا أعاره جدارًا لوضع جذع فله الرجوع، فإذا رجع خير بين أن يقلع بأرش وبين أن يبقيه بأجرة على الأصح، وليس له أن يتملك الجذع؛ لأن ما على الجدار منه تابع لما على ملك المستعير، بخلاف الغراس.

وإذا أعاره بقعة ليقبر فيها ميتًا فإن رجع قبل الدفن جاز وغرم للولى مؤنة الحفر، والقبر لا يسمى قبرًا إلا بعد دفن الميت، وأما بعد الدفن فلا يجوز الرجوع حتى يبلى الميت، بأن يذهب أثره، وإذا كفن ميتًا، وقلنا بالأصح أنه باق على ملك مالكه، كان عارية[2] لازمة، لا يجوز الرجوع فيها أبدًا، فإن نبشه السبع فأكله فقد انتهت[3] فيرجع إليه فلا يسمى راجعًا فى العارية.

فإذا أعاره ليزرع فزرع، ثم رجع، فإن اعتيد قطعه فصيلاً قطع، وإلا لزمه أن يبقيه إلى الحصاد بأجرة المثل من يوم الرجوع.

وكذا إذا أعاره دابة ثم رجع فيها فى أثناء الطريق، لزمه حمل متاعه إلى المأمن بأجرة المثل.

وليس الزرع كالغراس والبناء، فيخير بين القلع والتملك؛ لأن مدة الزرع قليلة، نعم إن أعاره مدة تسع الزرع، فأخر الزراعة ثم زرع وانقضت المدة قلع مجانًا؛ لأنه المقصر، ولو حمل السيل بذر رجل إلى أرض أخرى، فزرع فله تكليفه قلع زرعه مجانًا، كما لو انتشرت[4]

---

(١) جاء ما بين المعقوفين فى ط بعد: وقوله فى الحاوى: ورجع متى شاء.
(٢) فى ط: كان إعارة.
(٣) فى ط: انتهب.
(٤) فى ط: اشترى.

أغصان شجرة جاره فى ملكه، أما إذا كان البذر لا يُقصد، وقد أعرض عنه مالكه، فإنه يصير ملكًا لصاحب الزرع[(١)].

وقوله فى الحاوى: ورجع متى شاء.

كالجدار لوضع الجذع، وللدفن إن اندرس، وللزرع يبقى بأجر لا إن عين مدة فأخر وحمل السيل البذر قلع مجانًا، ففيه أمور:

أحدها: أنه ذكر جواز الرجوع فى الجذع، ولم يذكر ما يقتضى الرجوع، والأصح كما ذكره فى العزيز، والروضة، أنه يخير بين أن يبقى بأجر أو يقطع بالأرش.

الثانى: أنه جوز له الرجوع متى شاء مطلقًا، ويرد عليه ما إذا أعار الميت كفنًا، فإنه لا يجوز له الرجوع فيه أبدًا.

الثالث: مقتضى كلامه أن على المعير إبقاء الزرع إلى الحصاد مطلقًا، واعترض عليه ابن النحوى بما فى العزيز والروضة، وقال: هذا إذا لم يعتد قطعه فصيلا، فإن اعتيد لم يلزمه ذلك.

وقوله: وغرس وبناء إن شرط، أو رضى، وإلا قلع بأرش أو تملك بقيمة، فإن أبى أهملا، ودخل ملكه ومستعير لسقى أو مرمة، بأجر لما عطل، ومن قلع بلا شرط سوى الحفر.

أى: وله تكليفه قلع البناء والغراس إذا شرط عليه القلع [متى رجع، وإن لم يشترط عليه القطع][(٢)] لم يلزمه قلعه مجانًا سواء أطلق أو عين مدة ورجع قبلها، لكن الأصح أنه يخير المعير بين خصلتين: أن يتملك بالقيمة أو يقلع ويغرم أرش النقص، وقيل: يخير بين ثلاث خصال، الثالثة أن يبقى بأجرة المثل، فإن بذل المعير إحداهما أجبر المستعير على قبولها، فإذا امتنع المعير من الخصلتين نظرنا إلى المستعير، فإن بذل الأجرة لم يقلع مجانا، وكذا إذا امتنع على الأصح، فيعرض الحاكم عنهما حتى يصطلحا وللمالك حينئذ دخول أرضه والاستظلال بالبناء والشجر، وللمعير[(٣)] الدخول للسقى والمرمة، فإن شغل مالكه أو عطله فعليه الأجرة، ثم المستعير إذا قلعه لزمه على الأصح تسوية الحفر، كصاحب البذر المحمول إلى الأرض، هذا إذا أطلق العارية، فإن إعاره بشرط القلع فى مدة، لم يلزمه تسوية الحفر على الأصح؛ لأن شرط ذلك رضًا بالحفر، إلا إذا شرط عليه القلع والتسوية،

---

(١) فى ط: الأرض.
(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٣) فى ط: وللمستعير.

فإنه يلزمه بالشرط.

وقوله فى الحاوى: كما فى الغراس والبناء، إن شرطه وإلا بقى بأجر، أو نقص بأرش، أو تملك بقيمة فيه أمور:

أحدها: قوله: كما فى الغراس، [قال ابن النحوى: الغراس: هو الشجر، ومراده غرس الغراس،][1] أقل فلو قال: كما للغراس، لكان أحسن وأخصر.

الثانى: قطعه بأنه يخير المعير بين الخصال الثلاث، والأصح: أنه لا يكلف المستعير تسليم الأجرة؛ لأن الإجارة يشترط فيها الرضا، وإن المعير يخير بين الخصلتين: أن يقلع بأرش أو يتملك القيمة، قال فى الروضة: وبه قطع الزجاجى[2]، وأكثر العراقيين وغيرهم.

الثالث: قوله: فإن أبى كلف التفريع، الأصح أنه يعرض عنهما كما سبق ذكره.

الرابع: قوله: وللمستعير الدخول للسقى والمرمة، ظاهره أنه يستحقه ولا أجرة[3] عليه، وليس كذلك، بل إذا عطل منفعة المكان مدة لمثلها أجرة، لزمته الأجرة.

الخامس: قوله: فإن قلع سوى الحفر، ليس على ظاهره، بل ذلك إذا لم يشترط القلع، كما سبق ذكره.

وقوله: ولكل بيع ممن شاء.

أى: وللمستعير بيع بنائه وغراسه - والحالة هذه - ممن شاء، فإن كان المشترى جاهلاً فله الرد بالعيب، وإن كان عالمًا بقى مع المعير كما كان للمشترى[4]، وللمعير البيع أيضًا، ويكون حكم المستعير مع المشترى حكمه مع المعير.

وقوله: وإن قال: أعرتنى، فقال: أجرتك، وثم أجرة أوعكسه، أو أجرتنى أو أعرتنى، فقال: غصبت، حلف المالك، نفيًا وكذا إثباتًا إن ادعى الأجرة، وسقط المسمى.

اعلم أن هذه تجمع أربع مسائل:

الأولى: إذا اختلف المالك والراكب أو الزارع، [فقال الراكب أو الزارع][5]: أعرتنى، وقال المالك: أجرتك، فإن كان ذلك قبل مضى مدة لمثلها أجرة، فالقول قول الراكب أو الزارع بيمينه؛ لأنه يدعى عليه عقدًا، والأصل عدمه، والراكب لايدعى لنفسه حقًا، فإن مضت مدة لها أجرة فالقول قول المالك بيمينه، لكنه يلزمه أن يحلف يمينا يجمع النفى

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) فى ط: الجرجانى.
(٣) فى ط: يستحقه والأجرة.
(٤) فى ط: المستعير.
(٥) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

والإثبات على الأصح، فيقول: والله ما أعرتك ولقد أجرتك بكذا.

فإذا حلف فهل يستحق المسمى؟ أو أجرة المثل؟ وجهان، والأصح أنه يستحق أجرة المثل.

وإن نكل لم يحلف الراكب؛ لأنه لايدعى حقًّا، هكذا فى الروضة، ولعله يريد: لا يحلف على دعوى العارية؛ لأنه لا يستحق به شيئًا، وأما على نفى استحقاق الأجرة فلا محيص عنه.

وإن كانت الدابة قد تلفت تحت يد الراكب، فهو مقر بالقيمة والمالك ينكرها ويدعى أجرة المثل، فإن زادت الأجرة على القيمة أخذها وحلف على الزائد، وإن نقصت أخذ قدر الأجرة ويرد الباقى؛ لأنه لا يدعيه.

الثانية: قال الراكب: أجرتنى، وقال المالك أعرتك، والعين باقية، فالقول قول المالك فى نفى الإجارة[١]، وإن مضت مدة لها أجرة فالراكب يعترف بالأجرة، والمالك ينكرها، ولا يخفى حكمه، وإن كانت الدابة تالفة، والمالك يدعى القيمة وينكر الأجرة والراكب يقر بالأجرة وينكر القيمة، فإن استويا أو كانت القيمة أقل أخذها بلا يمين، وإن كانت القيمة أكثر أخذ الزيادة بلا يمين[٢].

الثالثة: قال المالك: غصبتنى، وقال الراكب: أجرتنى، فالقول قول المالك، فإن كانت العين باقية ولم تمض مدة لها أجرة فذاك، وإن مضت فالمالك يدعى أجرة المثل والراكب يقر بالمسمى، فإن استويا أو كانت أجرة المثل أقل أخذها بلا يمين، وإن كانت أجرة المثل أكثر أخذ الزيادة بلا يمين[٣].

الرابعة: قال المالك: غصبتنى، وقال الراكب: أعرتنى[٤]، فإن لم تمض مدة لها أجرة، فلا معنى للمنازعة فيسترد ماله، وإن مضت مدة حلف المالك نفيًا وإثباتًا.

وقوله فى الحاوى: والقول قول المالك، إن ادعى الغصب، أو الإجارة، والراكب والزارع الإعارة[٥]، أو بالعكس، فيه أمور:

أحدها: أنه قال: القول قول المالك مطلقًا، وليس كذلك بل إذا ادعى المالك الإجارة قبل مضى مدة لمثلها أجرة، فالقول قول الراكب؛ ولهذا قال فى الإرشاد: وثم أجرة.

---

(١) فى ط: وبقى الإجارة.
(٢) فى ط: الزيادة بيمين.
(٣) فى ط: الزيادة بيمين.
(٤) فى ط: أغرمتنى.
(٥) فى ط: العارية.

الثانى: أنه قال: القول قول المالك، وظاهره أنه يجب المسمى، إذا ادعى الإجارة، والأصح أنها تسقط مطلقا ويجب أجرة المثل.

الثالث: أنه قال: فالقول قول المالك، فاقتضى أنه يحلف يمينًا، [كسائر أيمان الدعاوى وهو كذلك إذا لم تكن هناك أجرة مدعاة، وإلا فالأصح أنه يجب أن يحلف][١] بجمع النفى والإثبات، فيقول: والله ما أعرتك ولا أجرتك[٢] بكذا.

الرابع: أنه سكت عما إذا قال الراكب: أجرتنى، وقال المالك: غصبتنى، وحكمها أن القول قول المالك مطلقًا سواء مضت مدة لها أجرة أم لا بخلاف ما قبلها.

* * *

(١) ما بين المعقوفين سقط فى أ.

(٢) فى ط: ولقد أجرتك.

الغصب[١]

وقوله: باب الغصب، استيلاء على حق غير ظلما.

اعلم أن الغصب حرام، بالكتاب والسنة والإجماع[٢]، والاستيلاء معروف.

وقال: على حق الغير؛ ليدخل المال وغيره مما يثبت فيه حق الاختصاص، كجلد الميتة وكلب الصيد ونحوه، فإن غصبها حرام، وعلى غاصبها الرد ولا ضمان فيها.

واحترز بقوله: ظلمًا ممن ظفر بمال غريمه الجاحد؛ فإنه يستولى عليه غير ظالم له، بل ليستوفى حقه.

وقوله فى الحاوى: بالاستيلاء[٣] على مال غير مستولدة ومكاتب ضمن، فيه أمران:

أحدهما: قوله: على مال الغير، اعترض عليه ابن النحوى فى[٤] شرحه وتحريره وقال: لو قال: على حق الغير بدل المال، لكان أولى، وأقول: لو قال ذلك للزم منه الخطأ؛ لأن المصنف لم يرد تعريف الغصب، وإنما أراد تعريف ما يضمن؛ لأن قوله: بالاستيلاء متعلق بقوله: ضمن، فلو قال: بالاستيلاء على حق الغير ضمن، للزم فيه القول بضمان الكلب وجلد الميتة.

---

(١) الغصب لغة: هو أخذ الشيء ظلما وقهرا، والاغتصاب مثله، يقال: غصبه منه وغصبه عليه بمعنى واحد. واصطلاحا عرفه أبو حنيفة وأبو يوسف بأنه: إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل فى المال. وعرفه المالكية بأنه: أخذ مال قهرا تعديا بلا حرابة. وعرفه الشافعية بأنه: الاستيلاء على حق الغير عدوانا، أى بغير حق. وعرفه الحنابلة بأنه: الاستيلاء على مال الغير قهرا بغير حق.

(٢) الغصب حرام إذا فعله الغاصب عن علم؛ لأنه معصية، وقد ثبت تحريمه بالقرآن والسنة والإجماع. أما القرآن الكريم: فقول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ وأما السنة الشريفة: فمنها قوله صلى الله عليه وسلم: «إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم، كحرمة يومكم هذا، فى بلدكم هذا فى شهركم هذا» وقوله: «لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفسه» وأما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على تحريم الغصب، وإن لم يبلغ المغصوب نصاب سرقة.

(٣) فى بيان ما يتحقق به الغصب اتجاهان: الأول: للمالكية والشافعية والحنابلة ومحمد وزفر من الحنفية: وهو أن الغصب يتحقق بمجرد الاستيلاء، أى إثبات يد العدوان على الشيء المغصوب، بمعنى إثبات اليد على مال الغير بغير إذنه، ولا يشترط إزالة يد المالك. وليس المقصود من الاستيلاء الاستيلاء الحسى بالفعل، وإنما يكفى الحيلولة بين المال وبين صاحبه، ولو أبقاه بموضعه الذى وضعه فيه. والثانى: لأبى حنيفة وأبى يوسف، وبرأيهما يفتى فى المذهب: وهو أنّ الغصب إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة، بفعل فى المال، أى أن الغصب لا يتحقق إلا بأمرين اثنين هما: إثبات يد الغاصب (وهو أخذ المال) وإزالة يد المالك، أى بالنقل والتحويل. والمراد باليد: القدرة على التصرف، وعدم اليد: عدم القدرة على التصرف.

(٤) فى ط: على.

الثاني: قوله: ومكاتبًا، هو وإن كان يضمن وتضمن منافعه لأجل السيد، فقد قطع صاحب الحاوى فى الأيمان بأنه لو حلف أنْ لا مال له وله مكاتب لم يحنث، وقال فى الروضة: إن المكاتب ليس بمال على الأصح، وفى تسميته إياه مالاً مناقشة، فلو عطفه مجرورًا على مال، لسلم.

وقوله: وضمن به المكاتب، والمال، وجناية تعلقت برقبته، كأن ركب أو نقل أو جلس على فراشه وفى عقار باستيلاء من أزعج، أو دخل، ونصفا وفيه غير لا أقوى.

أى: ضمن بالغصب ما يسمى مالا كالمستولدة، فإنها تسمى مالا على الأصح، ويضمن المكاتب وإن لم يسم مالا على الأصح؛ ولهذا ذكره مع المال، ويضمن ما تعلق برقبة المال المغصوب من الجناية، فإذا غصب عبدًا وجنى فى يده على آخر فالضمان على الغاصب، وإذا ركب دابة غيره أو نقل متاعه أو جلس على فراشه أو حاز عقاره ورفع يده عنه، وإن لم يدخل - ضمن؛ لأن الاستيلاء يحصل بذلك، سواء قصد الغصب أم لا.

وإذا دخل دارًا وقصد سكناها أو الاستيلاء عليها وليس فيها أحد، ضمنها وإن كان ضعيفًا وربها قويًا؛ لأن يده الآن مستولية[1]، وإنما يسهل على القوى انتزاعها منه، وإن دخل لغرض آخر لم يضمن، فإذا دخل للاستيلاء وفيها ساكن أقوى منه لم يكن غاصبا، ولا أثر لنيته مع عجزه، وإن كان غير ذلك [بأن دخل قوى على قوى أو ضعيف][2] على ضعيف، ضمن النصف؛ لأن يدهما على الدار.

[وقوله فى الحاوى: كأن ركب وجلس فى الفرش، ونقل وأزعج فى العقار أو دخل بقصده النصف لا ضعيف والقوى فيه، فيه أمران:

أحدهما: قوله: وأزعج فى العقار، جعل مطلق الإزعاج استيلاءً، ومعلوم أن من توعد رجلاً بالقتل، فخرج هربًا من داره أنه أزعجه عنها، بل لو أمره ظالم بالخروج فخرج، ولم يستول عليها - لا يعد غاصبًا لها، وإنما يضمن إذا أزعجه عنها، واستولى عليها وإن لم يدخل.

الثاني: قوله: أو دخل بقصده النصف لاضعيف والقوى فيه، أراد إن دخل بقصد الاستيلاء ضمن النصف وضمن مقدر قبل النصف، ولا يجوز أن يكون معمولاً لضمن المتأخر؛ لأنه عامل فيما بعده، ثم قال: لا ضعيف والقوى فيه، ومقتضاه أن الداخل بقصد الاستيلاء يضمن النصف على كل تقدير، وإن كان وحده، فلو قال: فإن دخل بقصده وفيه

---

(١) فى ط: متولّية.
(٢) فى ط: بأن دخل قوى أو ضعيف.

ساكن، ضمن النصف لا ضعيف والقوى فيه، لكان فيه تنبيه على أنه إذا دخل ولا ساكن أنه يضمن الكل، وإلا اقتضى أنه إذا دخل قوى على قوى أو على ضعيف أو ضعيف على ضعيف ضمن النصف، وأنه إذا دخل ضعيف على قوى لم يضمن شيئًا][(١)].

وقوله: ورد ما نقل.

أى: إذا غصب شيئًا ونقله إلى بلد آخر، كان للمالك تكليفه رده، ومطالبته بالقيمة للحيلولة، ثم إذا أداه ردها.

وقوله: فما ضبط بكيل أو وزن، والسلم فيه، إن تلف ضمن، بمثل كعصير تمر، ما لم يغير بأغبط، فإن طولب به ببلد آخر، وله مؤنة، فقيمته حيث تلف، كماء فى مفازة، وإن فقد مثل، أو وجد بغبن، أو ضاع مغصوب، أو نقل إلى بلد، فأقصى قيمة من غصب إلى فقد، أو طلب للآخرين، واسترد لرد المغصوب، لا مثله بلا حبس.

أى: شرع فى بيان الضمان فيجب رد المغصوب، إن كان باقيًا[(٢)]، وإن تلف نظرت: فإن كان مثليًا، وهو ما يضبطه كيل أو وزن ويجوز السلم فيه، ضمنه بمثله، وأراد بالتقدير الكيل أو الوزن ولم يقل القدر[(٣)]؛ لأن ذلك لا يقع إلا على ما يعتاد تقديره، والماء والتراب لا يعتاد تقديرهما، وهما مضمونان بالمثل؛ لأنهما يقدران، واشترط جواز السلم فيه؛ لأنه يشبهه من جهة الثبوت فى الذمة، واشترط فيه من الوصف ما شرط فيه، وخرج بذلك ما لا ينضبط من المعجونات، والمعروضات على النار، ثم إذا تلف المثلى وهو على حاله لم يتغير، فإنه يضمن بمثله، ومثله بالعصير إذا تخمر للمثلى ولتلفه، فإن العصير مثلى وتخمره تلف لخروجه عن المالية، وإن تلف[(٤)] بعد إخراجه عن المثل أكثر كحنطة طحنت

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) ذهب الفقهاء إلى أنه يجب على الغاصب رد العين المغصوبة إلى صاحبها حال قيامها ووجودها بذاتها؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» وقوله أيضا: «لا يأخذن أحدكم متاع أخيه لاعبا ولا جادا، ومن أخذ عصا أخيه فليردها». وترد العين المغصوبة إلى مكان الغصب لتفاوت القيم باختلاف الأماكن. ومؤنة الرد على الغاصب؛ لأنها من ضرورات الرد، فإذا وجب عليه الرد، وجب عليه ما هو من ضروراته، كما فى رد العارية. قال الكاسانى: الأصل أن المالك يصير مستردا للمغصوب بإثبات يده عليه؛ لأنه صار الشىء مغصوبا بتفويت يده عنه، فإذا أثبت يده عليه فقد أعاده إلى يده، وزالت يد الغاصب عنه، إلا أن يغصبه مرة أخرى. ويبرأ الغاصب من الضمان بالرد، سواء علم المالك بحدوث الرد أم لم يعلم؛ لأن إثبات اليد على الشىء أمر حسى، لا يختلف بالعلم أو الجهل بحدوثه. فإن كان المغصوب قد فات، كأن هلك أو فقد أو هرب، رد الغاصب إلى المغصوب منه مثله إن كان له مثل، بأن كان مكيلا أو موزونا أو معدودا من الطعام والدنانير والدراهم وغير ذلك، أو قيمته إن لم يكن له مثل كالعروض والحيوان والعقار.

(٣) فى ط: المقدور.

(٤) فى ط: وإن بلغ.

وخبزت طالب بالأغبط، فإن كانت قيمة الخبز أكثر، طالبه بقيمة الخبز، وإلا طالبه بمثل الحنطة والدقيق، وهذا التخيير مأخوذ من قوله: بمثل، أى: من المثليات التى صار إليها.

فإن وجد المثل فى بلد آخر وطالبه، نظرت: فإن لم يكن له مؤنة كالدراهم والدنانير طالبه بالمثل، وإلا فليس له طلب المثل، وللآخر[1] تكليف قبوله، بل عليه أن يغرم قيمة بلد التلف، فإن تراضيا على المثل، لم يكلف مؤنة النقل، وإن أخذ منه القيمة ثم اجتمعا فى بلد التلف فلا رد ولا استرداد فى الأصح.

ومن ذلك الماء فى المفازة إذا أتلفه الغاصب فيها، ثم ظفر به فى بلد آخر أو فى مفازة أخرى، لزمه قيمته فى المفازة حيث أتلفه؛ لأن لحمله مؤنة، ولا حاجة إلى تصويره بالشط إلا إذا قلنا بالمرجوح، وهو أنه يجب المثل فيما له مؤنة، أو كان يسير المؤنة لحمله، فإنا نقول: لا يجب مثله، بل تجب قيمته فى المفازة؛ لأنه لاقيمة للماء على الشط، فيكون كالجمد - وهو الثلج - يتلفه فى الصيف، ثم يأتى بمثله فى الشتاء، فإنه لا يقبل إلا قيمته فى الصيف؛ إذ لا قيمة له فى الشتاء، وإن فقد المثل أو وجد بأكثر من ثمن المثل، لزمه أقصى قيمة من يوم الغصب إلى يوم فقد المثل؛ لأنه فى حال وجوده كان مأمورًا بتسليمه كما كان مأمورًا بتسليم العين حال بقائها فلزمه أقصى القيمة، كما أن المقومات تضمن بأقصى قيمها، وأما بعد الفقد[2] فلا نظر إلى تغير القيمة، وكذلك إذا ضاع المغصوب أو أبق لزمه - للحيلولة - قيمته أكثر ما كان من حين الغصب إلى حين الطلب، وإن نقله إلى بلد آخر وله مؤنة فله مطالبته بالرد، وله مطالبته بالقيمة، وهى أكثر ما كانت من يوم الغصب إلى حين مطالبته، وحيث ألزمناه القيمة للفرقة فى المغصوب، أو قيمة المثل إذا فقد المثل، وفيما إذا نقل المغصوب إلى بلد آخر، فإذا زاد المغصوب إليه فى بلده، لزمه رد القيمة؛ لأنها إنما أخذت للفرقة، وأما إذا وجد المثل الذى ضمن القيمة لفقده أو بعده فإنه لا يلزمه ردها؛ لأن الأمر قد انفصل بتسليم البدل، كالمعسر يصوم عن الكفارة، ثم يوسر، وكل هذا مفهوم من قوله: لرد المغصوب، لا مثله، وليس للغاصب أن يحبس المغصوب حتى يسترد القيمة على الأصح، كما ليس للبائع بيعًا فاسدًا أن يحبس الثمن ليسترد المبيع.

وقوله فى الحاوى: وإن حصل منه مثلى بما طولب[3]، فيه أمران:

أحدهما: أنه لم يذكر ما إذا حصل منه متقوم، والأصح أنه يطالبه بالمتقوم، إذا كان

---

(١) فى ط: ولا للآخر.
(٢) فى ط: العقد.
(٣) فى ط: طلب.

أغبط من المثل، وإلا فبالمثل[١].

الثانى: قوله: ضمن ما يحضره القدر وجاز سلمه، دخل فيه ما يحصره الزرع، والمراد ما يحصره كيل أو وزن.

وقوله: وإن نقل فتلف وعدم المثل، فأقصى قيمة البلدين.

أى: إذا نقل الغاصب المغصوب إلى بلد آخر، ولحمله مؤنة ثم تلف المغصوب فى البلد الآخر، كان له أن يطالبه بمثله حيث ظفر به من البلدين، لتوجه[٢] الطلب عليه برد العين فى الموضعين، فإن فقد المثل أو ظفر بالغاصب فى بلد ثالث، فالصحيح أنه يطالبه بقيمة أكثر البلدين قيمة.

وقوله: وما لا يضبط كوصف، وإن عاد لا بتذكر وحلى بأقصى قيمة من غصب إلى تلف، بنقد بلده.

أى: وما لا يضبط، يعنى الذى لا ينضبط، يضمن بأقصى قيمة من يوم الغصب إلى يوم التلف، ولو تكرر الارتفاع والانخفاض لم يضمن كل زيادة، بل الأكثر، ويضمن منافع كل مدة بأجرتها، ولو تلف بعض المغصوب، رد الباقى من قسط التالف بأقصى القيم، كما لو غصب ثوبًا قيمته عشرة، فصارت بانخفاض السوق خمسة، ثم لبسه فأبلاه حتى عادت باللبس إلى درهمين، لزمه رده وخمسة دراهم، ولو أتلف متقوما من غير غصب، لزمه قيمة يوم الإتلاف، فإن حصل التلف بتدريج واختلفت القيم فى المدة كما إذا جنى عليها وقيمتها مائة، ثم انخفض السعر وتلفت وقيمة مثلها خمسون لزمه مائة، قال القفال: لأنه إذا اعتبرنا أقصى القيم فى البلد العادية، فلأن يعتبر فى نفس الإتلاف أولى، والوصف مما لا ينضبط فإذا غصب جارية سمينة قيمتها مائة، ثم صارت بالهزال خمسين، ثم سمنت فعادت مائة، ثم ردها رد معها خمسين، فلو هزلت ثانية ثم سمنت كذلك، رد معها مائة، ولو غصبها وهى تحفظ صنعة، أو علمًا فنسيته ثم تذكرته لم يضمن شيئًا، والفرق: أن السمن العائد غير السمن الأول، والحفظ العائد هو الأول، وكذلك الحلى من الفضة والذهب، يضمن بقيمته من نقد البلد وإن كان من جنسه، ولا يلزمه من ذلك الربا؛ لأنه إنما يجرى فى العقود، لا فى الغرامات، هذا لفظ الروضة، وبه قال الجمهور، وجميع ما ذكرناه أنه يضمن بالقيمة فإن المراد من نقد بلد التلف.

[وقوله فى الحاوى: ضمن ما يحصره القدر وجاز سلمه، قال ابن النحوى فى تحريره

---

(١) فى ط: وإلا فالمثل.

(٢) فى ط: لتوحد.

وشرحه: يرد عليه المختلط بالشعير فإنه لا يجوز سلمه ويرد مثله، وهذا غير مسلم؛ لأنه لا يرد مثله إلا إذا أثبت أن مكيلة القمح كذا والشعير كذا، وحينئذٍ انتفت الجهالة، فعلمت أنه يلزمه الضمان حتى يصير مما يجوز السلم فيه، ولا يقال: إنه يلزمه أن يعطى مخلوطًا مجهولاً، بل لا يجب على الغاصب الخلط، نعم إن كان المخلوط كثيرًا، وله غرض فى الخلط وللخلط مئونة، لزمته الأجرة فقط.

الثانى: أن مقتضى كلامه وجوب رد المثل، وإن اشترى بأضعاف قيمته، وذلك وجه، والذى صححه النووى والغزالى أنه لا يلزمه شراؤه بأكثر من ثمن المثل فيضمنه إذًا بالقيمة.

الثالث: مقتضى إطلاقه أنه إذا غصب مثليًا وتلف عنده، ثم ظفر به فى بلد آخر أن له أن يطالبه بالمثل مطلقًا، وهو وجه، والأصح أنه إن كان لتلفه مئونة لم يجز منه مطالبته به، ولا يكلف المالك قبوله، وقد أشار فى الحاوى إلى هذه، ولم يذكر أن للمالك المطالبة بالقيمة، لكن ذكر ما يترتب على ذلك من كونه إذا ظفر به فى غير بلد التلف وطالبه بالقيمة ثم رجعا إلى بلد التلف لا يرد القيمة ولا يطالب بالمثل، فقال: ولا رد إن وجب كان طلب بالقيمة فى غير موضع التلف، فإن لم يكن مئونة كالدراهم والدنانير طالبه به، وقد اعترض ابن النحوى فى تحريره وشرحه، وقال:

يستثنى من ذلك ما إذا كان للمثل قيمة عند الغصب ولا قيمة له عند الرد؛ كما إذا غصب ماءً فى برية وظفر به على الشط، وقد بينا أنه لاحاجة إلى التصوير بالشط، وأنه لو وجده فى مفازة أخرى لا على الشط، فإن له أن يطالبه بقيمة مكان التلف؛ لأن لحمل الماء مئونة فى الغالب، ولا يكلف الغاصب تحصيله فى غير مكان التلف ولا المغصوب منه قبوله فى غيره. نعم إذا كان لا مؤنة لحمله استقام الاعتراض.

الرابع: قوله: ويحبس الآبق ليسترد قيمته، والأصح أنه ليس له ذلك كما ليس للمشترى شراءً فاسدًا أن يحبس المبيع لاسترجاع الثمن، بل الغاصب أولى بعدم الحبس؛ لأن المشترى فى الفاسد قبض بالإذن بخلاف الغاصب][1].

وقوله: وعبد قطع، بالأكثر من مقدر ونقص قيمة.

أى: وما لا ينضبط، وعبد قطع، فإذا قطعت مثلا يد العبد المغصوب، أو تلفت بجناية، فإنها تضمن بالأكثر من أرش اليد المقدرة، ونقص القيمة، وكذلك سائر أعضائه المقدرة، وإذا كان المتلف غيره فله الرجوع عليه بما غرم، وأما إذا تلف هذا العضو بآفة سماوية،

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

فليس إلا نقص القيمة [على الصحيح][(١)].

وقوله: فإن جنى ومات، وضمن قيمته، فأخذت للجناية ضمن ما أخذ.

أى: إذا جنى العبد المغصوب فى يد الغاصب، فإن جنايته مضمونة على الغاصب، فإن مات العبد فى يد الغاصب وغرم لمالكه قيمته، فللمجنى عليه التعلق بها وله مطالبة الغاصب، فإن تعلق بها واستوفى من المالك، رجع المالك على الغاصب بما أخذ منه المجنى عليه؛ لأنه من ضمانه.

وقوله: وضمن فرد خف بنصف[(٢)] كل.

أى: وإذا غصب خفين، وقيمتهما عشرة فأتلف واحدًا ورد آخر، وقيمته وحده ثلاثة دراهم، فإنه يغرم سبعة قطعًا، ولو لم يغصب إلا الفرد الذى تلف أو أتلف واحدًا بلا غصب فكذلك على الأصح.

وقوله فى الحاوى: وفى فرد خف نصف الجميع؛ أى: إذا كان قيمتهما عشرة، وبقى قيمة الفرد ثلاثة غرم الخمسة، كلامه شامل لما إذا غصب، وضمن فَرْدَ خف، كما إذا غصبهما ورد واحدً، أو أتلف الآخر، وفى الروضة أنه يضمن سبعة قطعًا فى هذه الصورة، وكذلك فى الأخرى على الأصح.

وقوله: وغير عاقل فتح عنه، إن خرج حالًا، وزقا فتحه فسقط بتقاطر أو ريح لا عارضة، أو بإذابة شمس، وبنار موقدها.

أى: وضمن غير عاقل فتح عنه إن خرج حالا، وإذا فتح قفصًا عن حمامة فطارت حال فتحه ضمنها؛ لأن ذلك دليل على أنه نفرها بالفتح، ولو وقفت قليلاً ثم طارت لم يضمن؛ لأن للحيوان اختيارًا فيصادف خروجها بعد التوقف إلى اختيارها، وحكم البهيمة والعبد والمجنون بحل رباطها حكم الطائر.

ولو وثبت على الحمامة هرة حال الفتح ضمنها؛ لأنه بفتحه عنها كالمغرى للهرة، وإن أتلفت بطيرانها قارورة ضمنها؛ لأن التنفير منسوب إليه.

ولو حل قيد عبد عاقل غير آبق لم يضمن، وكذا إن كان آبقًا على الأصح.

ولو فتح رأس زق فتقاطر ما فيه نظرت: فإن كان مفتوحًا[(٣)] فاندفق ما فيه ضمن، وإن كان منتصبًا، بحيث لو بقى على حاله لم يضع ما فيه، ولكنه سقط فضاع ما فيه، فإن سقط

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) فى ط: ينقص.
(٣) فى ط: مطروحًا.

بفعله بأن تحرك حال فعله، ضمن، وكذا إذا سقط بسبب فعله؛ بأن أخذ يتقاطر حتى ابتل أسفله وسقط ضمن؛ لأن فعله سبب السقوط.

وإن سقط بعارض من ريح أو زلزلة، أو وقوع طائر عليه، فلا ضمان بخلاف ما إذا كانت الريح المسقطة له موجودة.

وقد أطلق فى الحاوى وقال: إن سقط بريح. ولم يفرق بين العارضة وغيرها، وهو خلاف عبارة الأصحاب، فإنهم يخصون بذلك الريح العارضة.

ولو أخذ فى التقاطر فنكسه آخر؛ فالضمان قبل التنكيس على الفاتح وبعده على المنكس؛ لأنه المباشر، فخص بالضمان كالملقى فى البئر مع حافرها، هذا إذا كان ما فى الزق مائعًا، فإن كان جامدًا، فأذابه حر الشمس، أو الحر ضمن[1]؛ لأن هذا منتظر لابد منه، بخلاف هبوب الريح.

وإذا أوقد رجل عنده نارًا فذاب منها، فالضمان على الموقد؛ لأنه مباشر.

فعلمت من هذا أن الضمان ليس مقصورًا على الغصب وحده بل الإتلاف أيضًا موجب للضمان، بل هو أولى، ثم الإتلاف قد يكون بمباشرة، وقد يكون بالسبب كما ترى، وكلاهما يضمن، لكن المباشرة مقدمة فى وجوب الضمان.

وقوله فى الحاوى: كأن فتح عن غير عاقل: تقديره بالاستيلاء على مال الغير ضمن ما يحصره المقدر منه، إن تلف بالمثل كعصير تخمر [كان فتح من غير عاقل][2]، ولو عطف بالواو كما صح[3] الكلام؛ لأن الطائر ليس مما يحصره القدر، ولا منفره [بفتح القفص عنه مسئول عليه][4]، فحكم بأن المغصوب إذا تلف يضمن كما يضمن غير المغصوب بالإتلاف.

وقوله: فإن فتح حرزًا، أو دل سارقًا، أو حبس ذا مال لم يضمن.

أى: لأنه لم يوجد منه إثبات يدل على مال، ولا مباشرة بل المباشر هو السارق، فلو كان هذا سببًا لكان فى المباشرة ما يسقط عنه الضمان، وليس فى حبس الرجل إتلاف لماله وترك.

وقوله فى الحاوى: أو ضاع فى داره شىء، اكتفى بما ذكره فى آخر الوديعة، فقد تكرر

---

(١) فى ط: أو الجو.
(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٣) فى ط: بالواو صح.
(٤) فى ط: بفتح القفص مسئول عنه.

فى الحاوى، وذكره فى الوديعة بأتم مما ذكره هنا.

وقوله: وضمن وإن أدى قيمة فرقة أرشًا، ومنفعة، مع صيد عبد لا منفعة كلب ولا حر، أو بضع بلا استيفاء.

أى: ويضمن الغاصب أرش نقص حصل فى المغصوب، سواء كان بفعله أو بفعل غيره، ويضمن منافع المغصوب، وإذا غصب ثوبًا مثلا ولبسه حتى أبلاه، لزمه أجرة لبسه وأرش النقص للبس على الأصح، ويضمن المنافع، وإن لم يستوفها لدخولها تحت اليد، لا منفعة الحر ولا منفعة البضع؛ فإنهما لا يدخلان تحت اليد، فلا يضمنان إلا باستيفاء؛ ولهذا يجوز تزويج الأمة المغصوبة وإن لم يجز بيعها؛ لدخولها دون البضع تحت اليد، فإن استأجر حرًّا، أو وطئ مغصوبة لزمه أجرته ومهرها، وإن حبسه أو استولى على الأمة مدة [لم يضمن أجرته ولا مهرها][1]، نعم من استأجر حرًّا فله تأجيره وإن لم يدخل تحت اليد، جوز ذلك للحاجة والمصلحة، وإذا غصب عبدًا، فاصطاد للغاصب، فالصيد للمالك، وعلى الغاصب ضمانه وأجرة مدة الاصطياد وأرش نقص طرأ فيه، ولو أبق هذا المغصوب، وجب على الغاصب تسليم قيمته أكثر ما كان من حين الغصب إلى حين المطالبة، للفرقة والحيلولة، وقد بينا أنه يردها إذا رد المغصوب ولكن له[2] أن يقاصصه بأجرة مدة الغصب، ولا تسقط الأجرة بتسليم قيمة الفرقة، وسواء كان العبد مكاتبًا أم لا، وما غرمه الغاصب من أجرة المكاتب يحسب من نجومه[3].

---

(١) فى ط: لم يضمن إلا مهرها.

(٢) فى ط: ولم يكن له.

(٣) ذهب الفقهاء إلى أنه إذا تلف المغصوب فى يد الغاصب أو نقص أو أتلفه، أو حدث عيب مفسد فيه، أو صنع شيء منه حتى سمى باسم آخر، كخياطة القماش، وصياغة الفضة حليا، وصناعة النحاس قدرا، وجب على الغاصب ضمانه، وحق للمالك المغصوب منه تضمينه، بأن يدفع له مثله إن كان من المثليات، وهى المكيلات كالحبوب، والموزونات كالأقطان والحديد، والذرعيات كالأقمشة، والعدديات المتقاربة كالجوز واللوز؛ لأن الواجب الأصلى فى الضمانات هو المثل، لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ ولأن المثل أعدل، لما فيه من مراعاة الجنس والمالية، فكان أدفع للضرر وأقرب إلى الأصل، فالمثل أقرب إلى الشيء من القيمة، وهو مماثل له صورة ومعنى، فكان الإلزام به أعدل وأتم لجبران الضرر، والواجب فى الضمان الاقتراب من الأصل بقدر الإمكان تعويضا للضرر، ولما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت: «ما رأيت صانعة طعام مثل صفية: أهدت إلى النبى صلى الله عليه وسلم إناء فيه طعام، فما ملكت نفسى أن كسرته، فسألت النبى صلى الله عليه وسلم عن كفارته؟ فقال: إناء كإناء وطعام كطعام».

فإن لم يقدر الغاصب على المثل أو كان المال قيميا كالأرض والدار والثوب والحيوان، وجب عليه ضمان القيمة، وذلك فى ثلاث حالات: الأولى: إذا كان الشيء غير مثلى، كالحيوانات والدور والمصوغات، فلكل واحد منها قيمة تختلف عن الأخرى باختلاف الصفات المميزة لكل واحد. =

وقوله: وبإغلاء نقص زيت، لا عين عصير فقط.

أى: ضمن نقص الزيت بالإغلاء، ولا يخلو الزيت إذا أغلى من أن ينقص عينه أو قيمته أو ينقصا جميعا، أو لا ينقص واحد منهما، فإن لم ينقصا فلا شىء، وإن نقصت العين دون القيمة ضمن مثل الناقص أو القيمة دون العين ضمن الأرش، وإن نقصا معًا، ونقصان القيمة بقدر نقصان العين ضمن مثل ما نقص، وإن زاد نقصان القيمة رد مثل ما نقص من العين مع الأرش، وإن أغلى العصير، فنقصت[1] عينه ولم تنقص قيمته، فلا ضمان على الأصح؛ لأن الذاهب ماؤه.

وقوله فى الحاوى: والزيت والعصير إن نقص لا قيمته، فيه أمران:

أحدهما: قوله: لا قيمته، أراد به أنه يضمن إذا نقص قدره لإغلاء، وإن لم تنقص قيمته، وقد يوهم أنه إذا نقص بالإغلاء ضمنه دون قيمته، وليس كذلك، بل يضمن فى مسألة الإغلاء بالمثل والقيمة معًا، وذلك إذا أغلاه فنقص ربع مكيله ونصف قيمته فإنه يضمن ربع مكيله وربع قيمته أرشًا.

الثانى: أنه جعل العصير كالزيت فى أنه يضمن نقص عينه بالإغلاء، وإن لم تنقص قيمته، والأصح فى أصل الروضة وفيما نقله فى العزيز عن الشيخ أبى حامد والقاضى والرويانى، ولم يرجح سواه-: أنه لا يضمن؛ لأن الذاهب ماؤه.

وقوله: وضمن زيادة تحل ولو بفعله، كتبر صاغه، وسمن أفاد لا نقص رخص، ونحو آلة لهو، بكسر مانع إلا ما[2] زيد عبثًا.

أى: وما حصل من المغصوب من زيادة[3]، كدر وصوف ونسل وصنعة - فهو مضمون

= الثانية: إذا كان الشىء خليطا مما هو مثلى بغير جنسه كالحنطة مع الشعير. الثالثة: إذا كان الشىء مثليا تعذر وجود مثله، والتعذر إما حقيقى حسى، كانقطاع وجود المثل فى السوق بعد البحث عنه وإن وجد فى البيوت، أو حكمى، كأن لم يوجد إلا بأكثر من ثمن المثل. أو شرعى بالنسبة للضامن، كالخمر بالنسبة للمسلم، يجب عليه للذمى عند الحنفية والمالكية ضمان القيمة وإن كانت الخمر من المثليات لأنه يحرم على المسلم تملكها.

(١) فى ط: فتنقص.

(٢) فى ط: بكسر لا ما.

(٣) ذهب الفقهاء إلى أن من حق المغصوب منه أن يرد إليه الغاصب عين ماله الذى غصبه إذا كان باقيا بحاله، لقول النبى صلى الله عليه وسلم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» وقوله: «لا يأخذن أحدكم متاع أخيه لاعبا أو جادا، فإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها»؛ ولأن رد عين المغصوب هو الموجب الأصلى للغصب؛ ولأن حق المغصوب منه معلق بعين ماله وماليته، ولا يتحقق ذلك إلا برده، والواجب الرد فى المكان الذى غصبه؛ لتفاوت القيم بتفاوت الأماكن. وأما زوائد المغصوب ففيه التفصيل الآتى: ذهب الشافعية والحنابلة ومحمد من الحنفية إلى أن زوائد المغصوب فى يد =

على الغاصب، وإن حصلت فيه زيادة بفعله كما إذا غصب تبرًا فصاغه، أو خشبة فجعلها بابًا، فإنه بالتلف يضمن التبر مصاغًا والخشبة بابا، وإذا رده وأمكن إزالة الصنعة، فله تكليفه إزالتها وتضمينه أرش ما نقص من قيمة المغصوب لا الزيادة التى أذن فى إتلافها، ولو أزالها الغاصب وأبدلها بصِفة أخرى ضمن زيادة الصِفتين كالسمن. ولو أراد الغاصب إزالة صنعته وضمان أرشها، لم يكن له إلا لغرض، كأن صنعها دراهم بغير سكة السلطان وخشى التعزير، ولايضمن سمنًا لا فائدة فيه، كما إذا سمن الجارية أو الفرس سمنًا جاوز حد الاعتدال، وكان لا يزيد به القيمة على حالة الاعتدال، أما إذا كان فى نحو الشاة ومما يتخذ للذبح فلاشك أن القيمة تزداد به. وإن زادت قيمتها بتعلم صنعة محرمة كضرب العود، لم يضمن الزيادة، وذكر فى الروضة أنه لا يضمن زيادة الجارية بتعلم الغناء فى يد

= الغاصب تضمن، سواء أكانت متصلة كالسمن ونحوه، أم منفصلة كثمرة الشجرة وولد الحيوان، متى تلف شيء منها فى يد الغاصب؛ لتحقق إثبات اليد العادية (الضامنة) لأنه بإمساك الأصل تسبب فى إثبات يده على هذه الزوائد، وإثبات يده على الأصل محظور. ويرى أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى أن زوائد المغصوب لا تضمن إذا هلكت بلا تعد، وإنما هى أمانة فى يد الغاصب لا تضمن إلا بالتعدى أو بالتقصير، سواء أكانت منفصلة كالولد واللبن والثمرة، أم متصلة كالسمن والجمال؛ لأن الغصب فى رأيهما هو إثبات يد الغاصب على مال الغير على وجه يزيل يد المالك، كما تقدم بيانه، ويد المالك لم تكن ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب، والمراد أن عنصر «إزالة يد المالك» لم يتحقق هنا، كما لم يتحقق فى غصب العقار. فإن تعدى الغاصب على الزيادة، بأن أتلفها أو أكلها أو باعها، أو طلبها مالكها فمنعها عنه، ضمنها؛ لأنه بالتعدى أو المنع صار غاصبا. وفصل المالكية فى الأرجح عندهم فى نوع الزيادة، فقالوا: إذا كانت الزيادة التى بفعل الله متصلة كالسمن والكبر، فلا تكون مضمونة على الغاصب، وأما إذا كانت الزيادة منفصلة، ولو نشأت من غير استعمال الغاصب كاللبن والصوف وثمر الشجر. فهى مضمونة على الغاصب إن تلفت أو استهلكت، ويجب ردها مع المغصوب الأصلى على صاحبها. أما منافع المغصوب ففيه التفصيل الآتى: ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الغاصب يضمن منفعة المغصوب، وعليه أجر المثل، سواء استوفى المنافع أم تركها تذهب، وسواء أكان المغصوب عقارا كالدار، أم منقولا كالكتاب والحلى ونحوهما؛ لأن المنفعة مال متقوم، فوجب ضمانه كالعين المغصوبة ذاتها. وذهب متقدمو الحنفية إلى أن الغاصب لا يضمن منافع ما غصبه من ركوب الدابة، وسكنى الدار، سواء استوفاها أو عطلها؛ لأن المنفعة ليست بمال عندهم؛ ولأن المنفعة الحادثة على يد الغاصب لم تكن موجودة فى يد المالك، فلم يتحقق فيها معنى الغصب؛ لعدم إزالة يد المالك عنها. وأوجب متأخرو الحنفية ضمان أجر المثل فى ثلاثة مواضع - والفتوى على رأيهم - وهى: أن يكون المغصوب وقفا، أو ليتيم، أو معدا للاستغلال، بأن بناه صاحبه أو اشتراه لذلك الغرض. وإن نقص المغصوب - أى ذاته - باستعمال الغاصب غرم النقصان، لاستهلاكه بعض أجزاء العين المغصوبة. وأما غلة المغصوب: فلا تطيب فى رأى أبى حنيفة ومحمد للغاصب؛ لأنه لا يحل له الانتفاع بملك الغير، وقال أبو يوسف وزفر: تطيب له. وقال المالكية: للمغصوب منه غلة مغصوب مستعمل إذا استعمله الغاصب أو أكراه، سواء كان عبدا أو دابة أو أرضا أو غير ذلك على المشهور. فإذا لم يستعمل فلا شىء عليه ولو فوت على ربه استعماله، إلا إذا نشأ من غير استعمال كلبن وصوف وثمر.

الغاصب ونسيانها إياه فى يده، وقال: إنه الأصح المنصوص، وأما تفاوت السعر بالرخص والغلاء فلا يضمن، ولو كسر الأصنام وآلة الملاهى لم يضمنه بكسرها، وهذا إذا كان الكسر بقدر ما يمنع الانتفاع المحرم، فإن جاوز ذلك ضمن المجوز فقط، نعم إذا أراد إزالتها فمنعه صاحب اليد ولم يمكنه التوصل إلى إتلافها إلا بترضيض أو إحراق وفعل ذلك لم يضمن.

وقوله: فى الحاوى: لا السمن[1] المفرط، إلى قوله: ولو بفعله، فيه أمور:

أحدها: قوله: لا السمن[2] المفرط، أطلق كون إفراط السمن علة لسقوط الضمان، وليس كذلك، بل ذلك مخصوص بما إذا لم تزد به القيمة كسمن الجارية ونحوها المفرط، أما المأكولة فإفراط سمنها زيادة فى قيمتها.

الثانى: أن قوله: والملاهى بالكسر، مقتضاه أن الكسر فيها غير مضمون مطلقا، والأصح أنه مخصوص بقدر تمتنع به المنفعة المحرمة، فإذا جاوزه ضمن، كما صححه فى العزيز والروضة.

الثالث: قوله: لا لإحراق، مقتضاه أنه يضمن كل إحراق وليس كذلك، بل إذا امتنع ذو اليد ولم يمكن إتلافه إلا بالإحراق أحرقه ولم يضمن.

الرابع: قوله: وضمن الزائد ولو بفعله، يرد عليه ما لا يحصل من الزيادة كتعلم ضرب العود، وقال ابن النحوى: يدخل فيه ما إذا زادت قيمة الجارية بتعلم الغناء ثم نسيته، لكن الأصح من زوائد[3] الروضة أنه لا يضمن، ونقله الرويانى عن النص وعلله بأنه محرم، وقال ابن النحوى: والتعليل بهذا مخالف لما صححوه فى كتاب الشهادات، بأنه مكروه فقط. انتهى.

وأقول: يمكن الاعتذار عن النص ولما صححه النووى، وخالف به فى الشهادات: بأنه ذكر كراهته الغناء فى حالة واحدة، وهى إذا لم تخش[4] فتنة، وتعلم الغناء لما يخشى منه الفتنة محرم كما يحرم غناؤها المخصوص؛ لخوف الفتنة.

وقوله: ورد ولو خرقا، بأرش وخمر ذمى كتمت أو محترمة بلا ضمان.

أى: ويجب رد المغصوب ولو كان ثوبًا فتمزق وصار خرقًا، لزمه أن يرد الخرق وأرش

---

(١) فى ط: إلا السمن.
(٢) فى ط: إلا السمن.
(٣) فى ط: زيادة.
(٤) فى ط: لم تحدث.

النقص؛ لأنها عين ماله، وكذلك الشاة بذبحها [والبر بطحنه ونحوه][١]، ويجب عليه رد الكلب المقتنى ككلب الصيد والماشية، وخمر الذمى، والخمر المحترمة، وجلد الميتة، فإن كل ذلك يجب رده إلى صاحبه؛ لأنه أحق به، لكنه إذا تلف لم يضمن؛ لأنه لا قيمة له، هذا إذا تكتم الذمى بالخمر، فإن تظاهر بها أريقت.

ولم يتعرض لهذا فى الحاوى.

وقوله: وحرم دون غرض رد تراب بلا إذن وطم بئر بعد رضا.

أى: وإذا وجب رد المغصوب، فإذا كان ترابًا نقله من أرض غيره لزمه رده، لكن لا يجوز إلا بإذن المالك إلا إذا كان للغاصب غرض فى رده، بأن كان قد نقله إلى أرض نفسه وأراد تفريغ[٢] أرضه منه، أو وضعه فى طريق وخشى التعثر به، فإن رده وكان فى طريقه موات ونحوه تركه فيه، فإن لم يكن فى نقله غرض، ورضى المالك باستدامة البئر لم يجز رد التراب إلا بإذنه؛ لأن رضاه بالاستدامة يسقط الضمان، ويمحو أثر التعدى، فإن خالف ورد التراب وطم البئر لزمه نقله وحفرها ثانيًا على الأصح، ولو نسفت الريح التراب، غرم الغاصب مثله عند الطلب، وإذا لم يرض المالك باستدامة البئر، وأراد الغاصب طمها وقد ضاع ترابها ولم يأذن فى غيرها، فله طمها بغيره على الأصح.

وقوله فى الحاوى: ورد التراب بالإذن حيث لا غرض أو لم يرض فى الطم، فيه أمران:

أحدهما: مقتضاه أن الغاصب إنما يتسلط على طم البئر برد ترابها دون غيره، إذا تلف، وهو وجه، والأصح أن له طمها بغيره.

الثانى: أن قوله: ولم يرض فى الطم، مقتضاه: أنه إذا رضى باستدامة الحفر امتنع عليه الطم، وليس على إطلاقه، بل ذلك إذا لم يكن له غرض كما فى المسألة الأولى.

وقوله: وكلف تسوية، لا إعادة جدار.

أى: إذا نقل التراب لزمه رده وتسويته كما كان وتسوية حفره كما كان، ولو هدم جدارًا لم تلزمه إعادته ولزمه الأرش على الأصح، وفرق الإمام بينهما، بأن طم الحفر[٣] لا يكاد يتفاوت وهيئات الأبنية تختلف، فشبه ذلك بذوات الأمثال، وهذه بذوات القيم، حتى لو نزع لبنة أو لبنتين من رأس الجدار، وأمكن الرد من غير اختلاف هيئته فهو كطم الحفر.

---

(١) فى ط: والبر بحنطة.
(٢) فى ط: وأراد تفريق.
(٣) فى ط: طمّ البئر.

وقوله: وله نزع ساجة[١] من بناء قبل تعفن أو سفينة لا بلجة ولو فارغة، كخيط من جرح محترم إن أمن أو مات ولو آدميًا أو ارتد.

أى: ولو غصب ساجة وأدخلها فى بنائه، فلمالكها إخراجها منه، وإن أدى إلى هدم بناية، وهذا إذا لم تتعفن الساجة، فإن تعفنت لم تنزع، وكذا إذا بلى الخيط المخاط به الجرح لا ينزع، ولو أدخلها فى سفينة وكانت على الشط نزعها منها، وإن كانت فى اللجة وفيها حيوان محترم، ولو كان للغاصب أو مال لغيره ممن لم يعلم، لم ينزع، وإن كانت فارغة أو فيها مال للغاصب أو لمن علم بغصبه ثم أدخل ماله فوجهان الأصح لا ينزع؛ لأن الإمهال إلى قربها من الشط هين.

وكذلك لو خاط بخيط مغصوب ثوبًا ونحوه، فله نزع الخيط، فإن أخاط به جرح حيوان، نظرت: فإن لم يكن له حرمة كالمرتد والكلب العقور ونحوه فلا مبالاة به فينزع الخيط وإن هلك، وإن كان محترمًا نظرت: فإن خيف منه محذورا يبيح التيمم لم ينزع إلا أنه لا أثر للشين الظاهر فى الحيوان غير الآدمى، وتجب قيمة الخيط للحيلولة على المجروح، فإن كان هو الغاصب، أو علم، وإلا فالقرار عليه أيضًا على الأصح، كمن قدم لضيفه طعامًا مغصوبًا، ولو مات من خيط بالمغصوب جراحته وكان حيوانًا غير الآدمى، نزع، وكذا إذا كان آدميًا على الأصح؛ و لأن الجسم بعد الموت للبلى.

وقوله فى الحاوى: والساجة المندرجة فى البناء، والسفينة، لا إن خاف محترمًا، غير مال الغاصب[٢]، فيه أمور:

---

(١) الساج ضرب عظيم من الشجر الواحدة ساجة وجمعها ساجات ولا ينبت إلا بالهند ويجلب منها إلى غيرها، وقال الزمخشرى: الساج خشب أسود رزين يجلب من الهند ولا تكاد الأرض تبليه والجمع سيجان مثل: نار ونيران، وقال بعضهم: الساج يشبه الآبنوس وهو أقل سوادا منه والساج طيلسان مقور ينسج كذلك وجمعه سيجان.

(٢) اتفق الفقهاء على أن الغاصب يلزم برد المغصوب إلى صاحبه كما أخذه، كما يلزم بإزالة ما أحدث فيه من بناء، أو زرع أو غرس، لقوله صلى الله عليه وسلم: «ليس لعرق ظالم حق» وللمالك المطالبة بهدم البناء الذى بناه الغاصب على المغصوب، وقلع الشجر الذى غرسه أو الزرع الذى زرعه بلا إذن المالك. غير أن فقهاء المذاهب فصلوا فى الأمر كما يلى: فذهب الحنفية إلى أن من غصب ساجة (خشبة عظيمة تستعمل فى أبواب الدور وبنائها) فبنى عليها أو حولها، وكانت قيمة البناء أكثر من قيمتها، زال ملك مالكها عنها، ولزم الغاصب قيمتها، لصيرورتها شيئا آخر، وفى القلع ضرر ظاهر لصاحب البناء (الغاصب) من غير فائدة تعود للمالك، وضرر المالك ينجبر بالضمان، ولا ضرر فى الإسلام، أما إذا كانت قيمة الساجة أكثر من البناء، فلم يزل ملك مالكها؛ لأنه يرتكب أخف الضررين وأهون الشرين. وعقب قاضى زاده على هذه التفرقة، فقال: لا فرق فى المعنى بين أن تكون قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة وبين العكس؛ لأن ضرر المالك مجبور بالقيمة، وضرر =

أحدها: أنه أطلق النزع من البناء، وذلك مخصوص بما إذا لم تتعفن الساجة، فإن تعفنت لم يجب إلا القيمة[١].

= الغاصب ضرر محض، ولا ريب أن الضرر المجبور دون الضرر المحض، فلا يرتكب الضرر الأعلى عند إمكان العمل بالضرر الأدنى، فيعمل بقاعدة: «الضرر الأشد يزال بالأخف» فى مسألة الساجة، أى أنه يعوض المالك، وتزول ملكيته عن الساجة. وأما مسألة الساجة فهى.. لو غصب غاصب أرضا فغرس فيها، أو بنى فيها، وكانت قيمة الأرض (الساجة) أكثر، أجبر الغاصب على قلع الغرس، وهدم البناء، ورد الأرض فارغة إلى صاحبها كما كانت؛ لأن الأرض لا تغصب حقيقة عندهم، فيبقى فيها حق المالك كما كان، والغاصب جعلها مشغولة، فيؤمر بتفريغها، إذ «ليس لعرق ظالم حق» كما تقدم، فإن كانت قيمة البناء أكثر، فللغاصب أن يضمن للمالك قيمة الأرض ويأخذها. وإذا كانت الأرض تنقص بقلع الغرس منها أو هدم البناء، فللمالك أن يضمن للغاصب قيمة البناء والغرس مقلوعا أنقاضا رعاية لمصلحة الطرفين، ودفعا للضرر عنهما فتقوم الأرض بدون الشجر والبناء، وتقوم وبها شجر وبناء مستحق القلع والهدم، فيضمن الفرق بينهما. وإذا زرع الغاصب الأرض، فإن كانت الأرض ملكا فإن أعدها صاحبها للزراعة، فيكون الأمر مزارعة بين المالك والغاصب، ويحتكم إلى العرف فى حصة كل منهما، النصف أو الربع مثلا، وإن كانت معدة للإيجار فالناتج للزارع، وعليه أجر مثل الأرض، وإن لم يكن شيء مما ذكر، فعلى الغاصب نقصان ما نقص الزرع، وأما إذا كانت الأرض وقفا أو مال يتيم، اعتبر العرف إذا كان أنفع، وإن لم يكن العرف أنفع، وجب أجر المثل، لقولهم: يفتى بما هو أنفع للوقف. ويرى المالكية فى حالة البناء: أن من غصب أرضا أو عمودا أو خشبا، فبنى فيها أو بها، يخير المالك بين المطالبة بهدم البناء على المغصوب، وبين إبقائه على أن يعطى الغاصب قيمة الأنقاض، بعد طرح أجرة القلع أو الهدم، ولا يعطيه قيمة التجصيص والتزويق ونحوهما مما لا قيمة له، أى إنهم يرجحون مصلحة المالك؛ لأنه صاحب الحق. ومن غصب سارية أو خشبة فبنى عليها، فلصاحبها أخذها وإن هدم البنيان. أما فى حالة الغرس: فمن غصب أرضا، فغرس فيها أشجارا، فلا يؤمر بقلعها، وللمغصوب منه أن يعطيه قيمتها بعد طرح أجرة القلع كالبنيان، فإن غصب أشجارا، فغرسها فى أرضه، أمر بقلعها. وأما فى حالة الزرع: فمن زرع فى الأرض المغصوبة زرعا، فإن أخذها صاحبها فى إبان الزراعة، فهو مخير بين أن يقلع الزرع، أو يتركه للزارع ويأخذ الكراء، وإن أخذها بعد إبان الزراعة فللمالكية رأيان: رأى أن المالك يخير كما ذكر، ورأى ليس له قلعه وله الكراء، والزرع لزارعه. وقرر الشافعية: أن الغاصب يكلف بهدم البناء وقلع الغراس على الأرض المغصوبة، وعليه أرش النقص إن حدث، وإعادة الأرض كما كانت، وأجرة المثل فى مدة الغصب إن كان لمثلها أجرة، ولو أراد المالك تملكها بالقيمة، أو إبقاءها بأجرة، لم يلزم الغاصب إجابته فى الأصح؛ لإمكان القلع بلا أرش. ولو بذر الغاصب بذرا فى الأرض وكان البذر والأرض مغصوبين من شخص واحد، فللمالك تكليفه إخراج البذر منها وأرش النقص، وإن رضى المالك ببقاء البذر فى الأرض، لم يكن للغاصب إخراجه، كما لا يجوز للغاصب قلع تزويق الدار المغصوبة إن رضى المالك ببقائه، ووافق الحنابلة والشافعية فى مسألتى البناء والغرس على الأرض المغصوبة، للحديث المتقدم: «ليس لعرق ظالم حق» أما فى حالة زرع الأرض فقالوا: يخير المالك بين إبقاء الزرع إلى الحصاد، وأخذ أجر الأرض وأرش النقص من الغاصب، وبين أخذ الزرع له، ودفع النفقة للغاصب، لقوله صلى الله عليه وسلم: «من زرع فى أرض قوم بغير إذنهم، فليس له من الزرع شيء، وله نفقته» وقوله عليه السلام فى حديث آخر: «خذوا زرعكم، وردوا إليه نفقته» أى للغاصب.

(١) فى ط: لم تلزمه القيمة.

الثانى: قوله: لا إن خاف محترمًا غير مال الغاصب. مقتضاه أنه ينزع إذا كان فيها مال للغاصب، أو كانت فارغة؛ لأنها ماله، والأصح أنه لا ينزع، قال النووى: وهو الذى صححه الأكثرون.

الثالث: قوله: وخاف هلاكه. ليس التخصيص بما إذا خاف الهلاك[١] هو الصحيح، بل الصحيح أن كل محذور يباح به التيمم لا يباح به نزع الخيط، ذكره فى العزيز والروضة.

الرابع: قوله: وإن مات الآدمى، أى فإنه لا ينزع، والأصح فى الروضة أنه ينزع، وصححه فى العزيز عن صاحب النهاية ولم يرجح غيره.

وقوله: وكسر ظرف لتخليص، بأرش، لا لمالك فعل.

أى: وإذا وقع دينار مثلا فى محبرة، أو كبثر فصيل، فضاق عنه الباب - هدم الباب وكسرت[٢] المحبرة، ثم إن كان الدخول بفعل صاحب المحبرة، فلا أرش له، وإن لم يكن بفعله، فله الأرش على صاحب الدينار، والفصيل؛ لأنها أتلفت لتخليص ماله.

وقوله: وأخذ مستحيل بذر وبيض، وعصير بأرش وخمر، وجلد، إن لم يعرض.

أى: إذا غصب بذرا فزرعه، أو بيضًا فتفرخ، أو عصيرًا فصارت خلًّا، أو غصب خمرًا - وكانت محترمة - وهى التى اتخذ عصيرها ليصير خلًّا فصار خمرا[٣]، كذا فسره الشيخان فى الرهن، وكذا غير المحترمة على الأصح، أو غصب جلد ميتة فدبغه، فإنه يأخذه المالك، وإن حدث نقص فى الثلاثة ردها، ورد معها أرش النقص، أما العصير إذا انقلب خمرًا، وقد قصد به الخل، فإنه يغرم معه كمال القيمة، ويكون مالكه أولى به، وإن لم تكن محترمة فعلى الغاصب إراقتها، وإنما يرد الخل والمدبوغ إذا لم يعرض عنهما المالك قبل عود المالية، ولم يتعرض فى الحاوى للإعراض وعدمه.

وقوله: وإن صبغ الثوب - ولو بمغصوب - فالنقص على الصبغ، والزائد بينهما، وكلف قلع متحصل كبناء ونبات - وإن بذله أو نقص - ولا يتملك عليه، وإن بقى كلف ببيعه، مع الثوب لا عكسه.

أى: وإن صبغ الغاصب الثوب المغصوب، فلا يخلو، إما أن يكون الصبغ ملكًا للغاصب أو مغصوبًا: فإن كان لمالك الثوب وزادت قيمتها، فالزيادة للمالك، وإن حدث نقص غرمه الغاصب، وإن كان مغصوبا من غيره نظرت: [فإن][٤] حصلت زيادة بإصباغه،

---

(١) فى ط: كان الهلاك.
(٢) فى ط: فضاق عنه الباب، وكسر.
(٣) فى ط: فصار خلا.
(٤) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

بأن كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ عشرة، فبلغ مصبوغًا ثلاثين، فهى بينهما نصفين، وإن تساوت القيمتان أخذ كل ماله.

وإن حصل نقص، اختص به صاحب الصبغ؛ لأنه تابع والثوب أصل، فإن صارت قيمتهما ثمانية، غرم الغاصب قيمة الصبغ، ولصاحب الثوب درهمين.

ونقل فى العزيز والروضة عن الشامل والتتمة أنه إن كان النقص لانخفاض سعر الثياب[١] فالنقص محسوب من الثوب، أو لانخفاض سعر الصبغ فمن الصبغ، وكذا عكسه، قال[٢]: ويمكن أن يكون هذا التفصيل مراد من أطلق، قلت: والصبغ والثوب وإن كان لهما حكم الأعيان ولكن وقع فيهما بهذا الاختلاط تغير، فقد يكون زيادة وقد يكون نقصانًا، فهما فى حال التقويم، لزيادة كالأعيان المشتركة تقوم ليصل كل إلى حصته وربحها فى حال التقويم للنقص كالأعيان المجنى عليها، تقوم لمعرفة الأرش، فهلا قيل: إنها فى حال الزيادة تقوم بقيمة الوقت كما فى الأعيان المشتركة، وفى حال النقص يقوم على الغاصب الجزء الفائت[٣] بأقصى القيم وأكثرها من الغصب إلى التلف كالأعيان المجنى عليها، فإذا غصبه وقيمته عشرون، ثم صار بالرخص إلى عشرة، ثم صبغه فبلغت خمسة عشرة، لزمه رد الثوب مع عشرة، وهذا لا محيص عنه، وفى حق الشريك غير الغاصب بقيمة الوقت.

واعلم أنا لا نحكم باشتراكهما إلا إذا تعذر فصل الصبغ، أما إذا أمكن فصله، فإنا ننظر فيه: فإن كان لا يحصل منه غبن[٤]، فليس للغاصب فصله إن رضى صاحب الثوب بتركه، وهل لصاحب الثوب تكليفه فصله؟ فيه وجهان: الأصح لا، فتبقى الشركة بينهما، وإن كان يحصل منه غبن[٥] فلكل منهما طلب فصله، فإن لم يرض الغاصب فللمالك تكليفه، ولو نقص به الثوب ويطالبه بأرشه، ولو قال الغاصب: تركت الصبغ لك لم يكلف قبوله بل يكلفه فصله، وكذلك إذا بنى الغاصب فى الأرض المغصوبة، أو زرع أو غرس، فلصاحب الأرض تكليفه القلع، ولو أراد مالك الثوب أو مالك الأرض أن يتملك على الغاصب الصبغ والبناء والغراس بالقيمة، كما فى المستعير والمستأجر، لم يكن له ذلك؛ لأن له تكليف الغاصب القلع مجانًا، بخلاف المستعير والمستأجر.

---

(١) فى ط: الثوب.
(٢) فى ط: وكذا لو كان النقص بسبب العمل قال.
(٣) فى ط: لجواز الفائت.
(٤) فى ط: عين.
(٥) فى ط: عين.

وإن بقى الصبغ إما لضرورة كونه لا يمكن فصله أو بتراضيهما، وأراد صاحب الثوب بيع الثوب، لزم صاحب الصبغ بيع صبغه معه؛ لأنه لا يمكن بيعه وحده لتعذر الانتفاع به، وامتناعه من البيع منع له عن بيع ملكه.

ولو أراد صاحب الصبغ بيع الصبغ، لم يكلف صاحب الثوب البيع؛ لأن الغاصب متعد فلا تسلط بتعديه على إزالة الملك المتعدى عليه. وإن كان الصبغ لغيره، فهو يأخذ منه القيمة للحيلولة، ويمنع صاحب الثوب من استعماله حتى يتراضيا على شىء، وقوله فى الحاوى: وألزم بيع صبغ أن بيع الثوب لا بالعكس، وقلع الصبغ والزرع والغراس والبناء فيه أمران:

أحدهما: أنه أطلق تكليف الغاصب بيع الصبغ مع صاحب الثوب، كما ذكره فى العزيز والروضة.

الثانى: وقلع الصبغ يقتضى إزالة الصبغ مطلقًا، وليس كذلك، بل ذلك إذا كان يحصل منه عين، وإلا فلا يكلف على الأصح كما هو فى العزيز والروضة.

وقوله: وخلط ما لا يتميز، وجناية تسرى، كجعله هريسة أهلاك. وكلف تمييز شعير من بر.

أى: إذا غصب مثليًا وخلطه بمثله نظرت، فإن كان لا يتميز كزيت يخلطه بجنسه أو بجنس أخرى كشيرج فالأصح حكم التالف سواء خلطه. بأجود أو أردأ أو مساو، وللغاصب أن يعطيه مثل حقه من غيره أو منه إن لم يخلطه بأردأ منه، والفرق بينه وبين المفلس حيث جعلنا البائع شريكًا له ولم نجعله كهالك، أن البائع هناك لا يصل إلى حقه تمامًا إلا بذلك، بخلاف هذا فإن الغاصب يضمن البدل كله، وأما إذا خلطه خلطًا يمكن تمييزه ولو بمشقة شديدة، كما إذا خلط برا وشعيرا وذرة بدخن فإنه يلزمه تمييزه، ثم إذا حكمنا بأن المخلوط فى حكم الهالك صار ملكًا للغاصب بنفس الخلط لكن ليس له التصرف قبل إيفاء قيمته؛ لأنه لو ملكه إياه بعوض لم يملك له التصرف فيه، بل لمالكه حق الحبس حتى يرضى بذمته فكيف إذا ملكه بغير رضاه، ولو غصب حنطة وبلها وتمكن منها العفن السارى أو جعلها هريسة، أو الدقيق عصيدة فإن هذا أيضًا يلحق بالهلاك على الأصح، وهل يملك الغاصب الهريسة؛ لأنها ملحقة للهالك فى حق المالك أم يبقى على ملك المالك ولا يكون عدوانه قاطعًا حقه كما لو نجس زيته وجهان.

وقوله: وضمن آخذ من غاصب، لا بنكاح، ورجع أن جهل، لا بما ضمنه، لو أخذه من مالكه، أو فوته كمشتر لا يرجع بقيمة، وأرش، ومهر، بل بقيمة ولد حر وأرش بنائه.

أى: وكل يد ترتبت على يد الغاصب، فهى ضامنة وإن كان بغرور من الغاصب سواء علم الآخذ منه، أو جهل، فإنه يضمن، وللمالك مطالبة من شاء منهما، وهل يرجع الآخذ من الغاصب على الغاصب بما غرم ينظر فيه، فإن كان عالمًا فهو كالغاصب فلا يرجع إذا تلف تحت يده، وإن كان جاهلا نظرت، فإن أودعه أو رهنه فضمن الوديع أو المرتهن، رجع على الغاصب؛ لأنه غره فيما لا يضمن لو أخذه من مالكه، وإن أعاره إياه واشتراه منه أو اتهبة وتلف عنده أو تعيب وضمن العين لم يرجع على الغاصب؛ لأنه لو استعار أو اشترى أو اتهب من المالك، كانت العين من ضمانه فذلك إذا أخذها من الغاصب، وهو المراد بقوله: كمشتر جعله مثالا لا بمن يضمن، إذا أخذ من المالك، أما ما ضمن بالقيم والأرش والمهر لا يرجع على الغاصب، وأما المنفعة فإنهم دخلوا على أنهم لا يضمنونها لكن إذا استوفاها لم يرجعوا، أما ما تلف منها تحت اليد لا باستيفاء رجعوا به لأنهم لم يدخلوا على أن يضمنوا المنافع ولا فوتها ولو اشترى أمة فأولدها، أو أرضا فيبنى فيها ثم خرجت مستحقه، فالولد حر نسيب للشبهة، وتلزمه قيمته يوم الولادة لسيد الأمة، والبناء يلزمه قلعة، فإذا غرم القيمة وقلع البناء ورجع على الغاصب لأنه لم يدخل على أن يضمن ذلك: والمستأجر كالمودع يرجع بقيمة العين، وأما المنفعة فيغرم المستأجر أجرة المثل، ويرجع على الغاصب بالمسمى، واعلم أن من تزوج من الغاصب لا يضمن؛ لأن الزوجة لا تدخل تحت اليد، وقيل يضمنها، كالمودع على المذهب فى الروضة أنه لا يضمن، ولم يستثن فى الحاوى الزوجة المأخوذة من الغاصب بالنكاح، ولعله اكتفى بما ذكر أولا من كون البضع لا يدخل تحت اليد.

وقوله: فإن غر المالك، فأكل أو تزوج فأولد، أو قتل قصاصًا، لا دفعًا أو اتهبه أو أعتقه أحدهما بإذن برئ، لا بإيجار، وإيداع ورهن.

أى: إذا غر الغاصب المالك، فقدم إليه طعامه ضيافة فأكله، فالأصح أنه يبرأ؛ لأنه أتلفه والقرار على المتلف، نعم لو قدمه إليه وقال: هو ملكى لم تسمع دعواه أنه المغصوب، ولو قدمه أجنبى وطولب الغاصب، لم يكن له الرجوع على الأجنبى؛ لاعترافه بأنه مظلوم، وكذلك لو باعه منه فأكله[1] وله استرداد الثمن، ولو قدمه إلى غيره، فأكله مغرور لزمه الضمان أيضا على الأصح، وإقراره عليه.

ولم يذكره فى الأصل؛ لأنه داخل فى قوله: وضمن أخذ من غاصب.

(١) فى ط: لو باعه منه وأتلفه.

ولو زوج الغاصب المغصوبة من المالك فوطئها وأولدها، صارت أم ولد له، وبرئ الغاصب بذلك من الضمان.

ولو قتل المغصوب من يرثه مالكه فقتله وهو تحت يد الغاصب قصاصًا وقد غره الغاصب به ولم يعلمه أنه عبده، برئ الغاصب أيضًا على الأصح؛ لأنه صال عليه فقتله دفعًا، فإن الغاصب لا يبرأ، ويلزمه فى هبته له][1] ضمان العبد؛ لأنه لو كان ملكًا للغاصب لما ضمنه.

ولو ظنه عبدًا للغاصب فاتهبه منه أو أقبضه، برئ الغاصب على الأصح.

وإن أمره الغاصب بعتقه فأعتقه، [أو أمر المالك الغاصب بعتقه وهو يظنه عبده، فأعتقه][2] نفذ العتق وبرئ الغاصب؛ لأنه أتلف ملكه بالعتق، أو بالإذن فيه، وسواء قال: أعتقه وأطلق[3] أو عنى أو عن نفسك، فإنه يعتق، إلا أن فيه إذا قال: أعتق عنى وجهين مطلقين، فى العزيز والروضة، وصحح فى المهمات النفوذ، ففى كل هذه المسائل إذا غره الغاصب وفعل ما ذكرناه برئ، بخلاف ما إذا أودع الغاصب المالك أو رهنه أو أجره المغصوب غرورًا[4]؛ لأنه لا يبرأ بذلك، وإن تلف عند المالك طلبه؛ لأن يده فى هذه الحالة غير ضامنة.

* * *

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى أ.
(٣) فى ط: أعتقه وأعتق.
(٤) فى ط: وغرر.

الشفعة[١]

وقوله: باب: الشفعة فى أرض بتابع، لا تابع دون أرض، منقسم قهرًا كممر منه بد لشريك ولوارث[٢] مريض حابًا، وأبًا لا نحو وصى فيما باع لطفل، إن تملك قبل بمعاوضة، لا عوض نجم مكاتب رق، وموصى به لمن خدم ولده.

أى: اعلم أن الشفعة لا تصح إلا فى الأرض وتابعها من البناء والشجر، ويدخل البناء والشجر فى اسم التابع؛ لأنهما تابعان للأرض ويدخل فيه الرفوف والأخشاب المثبتة فى البناء والباب المنصوب[٣] وثمر الشجر قبل التأبير، لا الزرع ونحوه، كل ذلك تابع للأرض.

وخرج بقوله: لا تابع دون أرض، بيع البناء والشجر دون أرضهما؛ لأنهما وإن كانا

---

(١) الشفعة بضم الشين وسكون الفاء اسم مصدر بمعنى التملك، وتأتى أيضا اسما للملك المشفوع كما قال الفيومى. وهى من الشفع الذى هو ضد الوتر، لما فيه من ضم عدد إلى عدد أو شىء إلى شىء، يقال: شفع الرجل الرجل شفعا إذا كان فردا فصار له ثانيا وشفع الشىء شفعا ضم مثله إليه وجعله زوجا. وفى الاصطلاح عرفها الفقهاء بأنها: تمليك البقعة جبرا على المشترى بما قام عليه. أو هى حق تملك قهرى يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض

والشفعة حق ثابت بالسنة والإجماع ولصاحبه المطالبة به أو تركه، لكن قال الشبراملسى - من الشافعية-: إن ترتب على ترك الشفعة معصية - كأن يكون المشترى مشهورا بالفسق والفجور - فينبغى أن يكون الأخذ بها مستحبا بل واجبا إن تعين طريقا لدفع ما يريده المشترى من الفجور. واستدلوا من السنة بحديث جابر بن عبد الله - قال: «قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فى كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق، فلا شفعة» وفى رواية أخرى قال جابر - رضى الله عنه -: «قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فى كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به». وعن سمرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال: «جار الدار أحق بالدار». وقال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذى لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط.

ولما كانت الشركة منشأ الضرر فى الغالب وكان الخلطاء كثيرا ما يبغى بعضهم على بعض شرع الله سبحانه وتعالى رفع هذا الضرر بأحد طريقين: بالقسمة تارة وانفراد كل من الشريكين بنصيبه وبالشفعة تارة أخرى وانفراد أحد الشريكين بالجملة إذا لم يكن على الآخر ضرر فى ذلك. فإذا أراد بيع نصيبه وأخذ عوضه كان شريكه أحق به من الأجنبى وهو يصل إلى غرضه من العوض من أيهما كان فكان الشريك أحق بدفع العوض من الأجنبى ويزول عنه ضرر الشركة ولا يتضرر البائع لأنه يصل إلى حقه من الثمن وكان هذا من أعظم العدل وأحسن الأحكام المطابقة للعقول والفطر ومصالح العباد. كما قال ابن القيم. وحكمة مشروعية الشفعة كما ذكر الشافعية، دفع ضرر مؤنة القسمة واستحداث المرافق وغيرها كمنور ومصعد وبالوعة فى الحصة الصائرة إليه، وقيل ضرر سوء المشاركة.

(٢) فى ط: ولو وارث.

(٣) فى ط: المغصوب.

عقارًا، إلا أنهما تابعان للأرض، فلا شفعة فيهما، إذا أفردا عنها بالبيع؛ لشبههما بالمنقول، فلو باعهما مع المغرس والأس فقط؛ لأن المغرس والأس تابعان للبناء والشجر.

والشرط: أن يكون الشجر والبناء تابعين للأرضين، وسواء كان البناء سفلا أو علوًا سقفه لا تقع الشفعة عليه، واستغنى بذلك عن تقييد العقار بالثابت؛ لأن ما تبع أرضه[1] فهو ثابت.

ولو كان السفل بينهما أو لأحدهما العلو خاصة فباعه مع نصيبه من السفل، شفع الشريك فى السفل فقط، وفى قول: مع نصف العلو أيضًا.

واحترز بقوله: منقسم قهرًا، عما إذا اشترى شقصًا من حمام صغير وطاحونة وبئر لا يمكن قسمتها حمامين وطاحونين وبئرين؛ لأن الشفعة إنما جُوِّزَتْ على الشريك الطارئ؛ خوفًا منه أن يلحق إلى قسمة المشترك، وقسمة هذه لا تجوز إلا بتراض ولا يجبر، وإن انتفع به مقسومًا فى شىء آخر للتفاوت بين أجناس المنافع.

ولو كان هذا المنقسم ممرًّا والمراد به الممر المشترك فى درب غير نافذ، وباع بعض أهل الدرب بيتًا لم يكن مشتركا، فلشركائه أن يشفعوا فى الممر فقط، وذلك إذا كان له بد منه بأن وجد طريقًا غيره، أو أمكن أن يفتح إلى الشارع طريقا، أو إلى دار[2] له أخرى، فإن لم يمكن ذلك لم يكن لهم شفعة فيه.

وفهم من قوله: منقسم قهرًا، أنه لو كان نصيب أحد الشريكين يسيرًا كعشر دار صغيرة، فباع صاحب الأكثر نصيبه ثبت لصاحب اليسير الشفعة، ولو باع صاحب اليسير لم يثبت لصاحب الكثير الشفعة على المشترى؛ لأنه أمن أن يكلفه القسمة.

وإنما تثبت الشفعة للشريك، ولا تثبت للجار، ومثل بالوارث إذا شفع على من باع عليه قريبه المريض وحاباه؛ لئلا يتوهم أن هذا يؤدى إلى أن تكون المحاباة مع الوارث؛ إذ محاباة الوارث وصية له لكنها هنا مع غير الوارث، وللأب والجد إذا باعا للطفل عقارًا لهما فيه شركة أن يشفعا، وكذلك فيما إذا اشترياه له؛ لأنهما غير متهمين، وليس للموصى[3] أن يشفع فيما إذا باع للطفل؛ لأنه متهم فيه، لكن فيما إذا اشتراه له لعدم التهمة، وإنما تثبت الشفعة للشريك إذا تقدم ملكه على ملك شريكه أو تأخر عنه، ولكن تقدم تملكه وذلك إذا اشترى زيد شقصًا بشرط الخيار لهما، ثم اشترى عمرو الباقى فى مدة الخيار على

---

(١) فى ط: ما بيع مع أرضه.
(٢) فى ط: درب.
(٣) فى ط: للوصى.

البت، لم تثبت الشفعة لعمرو على زيد، وإن تقدم ملكه، بل يوقف، فإن أجيز البيع ثبت لزيد على عمرو، فلو اشتريا معًا لم تثبت بينهما شفعة؛ لأن ملك أحدهما لم يتقدم ليشفع.

ويشترط ملكه بمعاوضة.

ولا شفعة في موروث وموهوب بلا عوض وموصى به؛ لأن الشفعة موضوعة على الأخذ بما ملك به الشريك، والشريك ملك هاهنا بطريق لا يمكن الأخذ بها؛ لأن الوارث يملك الإرث وملك الشفيع بمثله متعذر، والمتهب والموصى له ملكا بتحمل المنة، ولا يمكنه أن يأخذ بالمنة قهرًا منهما، ولو أخذ عن نجم مكاتب شقصًا من عقار عوضًا تثبت فيه الشفعة، ولو رق المكاتب ولم يعتق تبينا فساد المعاوضة فتبطل الشفعة ويستعيد الشقص، وكذلك لو أوصى لمستولدته أو لغيرها بشقص إذا خدمت أولاده مدة ففعلت ملكت الشقص ولم يثبت فيه الشفعة؛ لأن هذا وصيته بشرط المعاوضة، ولهذا تعتبر كلها من الثلث.

وقوله في الحاوي: الشفعة في عقار ثابت إلى قوله: للمستولدة إن خدمت الولد، فيه أمور[١]:

أحدها: قوله: في عقار ثابت، اعترض الرافعي على من قيد العقار بالثابت، وقال: لك أن تقول: إن اسم العقار لا يخلو أن يقع على الأبنية مع قطع النظر عن الأرض، أو لا يقع، فإن وقع كان الضابط المذكور متناولًا[٢] للأبنية وحدها، فلتكن مأخوذة بالشفعة، وإن لم يقع خرج به ما احترز عنه بهذا القيد، وهو ما إذا باع العلو المشترك دون السفل، فلا حاجة إلى هذا القيد. انتهى.

قلت: وهو على أنه منصوص بما إذا اشترى البنيان مع أسه والشجر[٣] مع مغرسه دون باقي الأرض، فإنه عقار ثابت فلا تصح فيه الشفعة.

الثاني: قوله: إن وجد آخر [وأمكن الشارع فتحه، فيه هذا التطويل، وهو التجوز في العبارة][٤]، فلو اقتصر على قوله: إن وجد آخر لكفى، أو لو قال: وأمكن غيره.

الثالث: أنه ترك شرطًا وهو كونه ينقسم قسمة إجبار، إما بالتراضي[٥] كالحمام الصغير، وما أشبهه ينقسم بالتراضي.

---

(١) في ط: قوله: لمستولدته، فيه أمور.
(٢) في ط: مساويًا.
(٣) في ط: مع أبنيته الشجر.
(٤) في ط: وأمكن الشارح صحة هذا التأويل وهذا التحول في العبارة.
(٥) في ط: بالتراب.

الرابع: قوله: والولى لا الموصى، الولى يطلق على كل من له ولاية على الطفل، فقولهم: يجوز للولى أن يشترى له العقار، وعلى الولى أن يتصرف بالغبطة، يعنون به الأب والجد والوصى، والقيم والحاكم، وإذا أرادوا تخصيص بعضهم، قالوا: الأب أو الجد أو الوصى أو الحاكم، وقد أطلق الولى هنا وأراد به الأب والجد دون غيرهما، واستثنى الوصى وحده والقيم والحاكم مثله.

الخامس: قوله: ممن طرأ ملكه على ملكه، فيه تسامح؛ لأنه على الحقيقة إنما طرأ على محل ملك شريكه.

السادس: قوله: على ملكه[1]، لا يشترط تقدم الملك بل يكفى تقدم التمليك؛ بدليل قوله فى الحاوى بعد: ولو فيهم المشترى بقدر الملك، وإن تعذر[2] بعد، فلو باع أحد الشريكين بشرط الخيار لهما، فإن الملك يكون موقوفًا، ثم لو باع الآخر بباقى مدة[3] الخيار، ثم أمضى العقد الأول، كانت الشفعة لمن تملك أولا على من ملك أولا، وهو المشترى بلا خيار، وإن كان الخيار للمشترى، فالملك على الصحيح له، فله أن يشفع على الثانى فى مدة الخيار، وكذا البائع إن كان الخيار له، فإن شفع المشترى أو البائع، حيث كان الملك له، لم تبطل شفعة المشترى إن فسخ، ولا البائع إن أمضى العقد، فلو فسخ المشترى غير عالم أن له الشفعة، لم يكن له أن يشفع على الأصح، كمن باع نصيبه غير عالم بالشفعة.

السابع: قوله: والموصى به للمستولدة، إن خدمت الولد، ليست المستولدة شرطًا بل لو أوصى لأجنبى إن عمل له عملا فهو حكمه.

وقوله: وأخذ كل شريك، ولو مشتريًا بقدر ملكه.

أى: والشفعة للشركاء على قدر الحصص، لا على قدر الرءوس، فإذا كانوا ثلاثة مثلاً ولأحدهم النصف وللآخر الثلث، وللثالث السدس، فباع صاحب النصف نصيبه أخذ صاحب الثلث من الشقص مثلى ما يأخذه صاحب السدس، سواء كان المشترى أحدهما أو أجنبيًا، فإذا اشترى صاحب السدس نصيب صاحب النصف، شفع صاحب الثلث فى ثلثى النصف، وبقى للمشترى ثلثه، بحق الشفعة؛ فيصير لصاحب الثلث الثلثان، ولصاحب السدس الثلث.

---

(١) فى ط: قوله: ملكه على ملكه.
(٢) فى ط: وإن تعدد.
(٣) فى ط: للآخر بناء فى مدة.

وقوله: ولا يفرق شقص عقد، فتسقط بعفو عن بعض، فإن عفى عن واحد، أخذ الأجر الكل، كحاضر لم يصبر ثم من حضر، أخذ بحصته، أو شارك ولو واحدًا بلا ريع.

أى: لا يفرق فى الأخذ بالشفعة شقص بيع فى عقد واحد، بل إما أن يأخذ الكل أو يترك؛ لما فى التشقيص[١] من الإضرار بالمشترى، فإن عفا عن بعض حقه من الشفعة سقط الكل على الأصح؛ [كمن عفا فى القصاص عن البعض فإنه يسقط الكل، وكذا لو طلب الشفعة فى البعض بطل الكل أيضًا على الصحيح][٢].

فإن استحق الشفعة شريكان فعفا واحد، وجب أن يأخذ الآخر الكل أو يترك؛ كما إذا حضر من الشركاء الغائبين واحد فأراد الأخذ فليس له أن يأخذ حصته [بل يأخذ الكل ويصبر إلى حضورهم، فإذا أخذ الكل ثم حضر آخر تخير بين أن يأخذ حصته][٣] منه، أو يشاطره، فإن أخذ حصته وجاء الثالث، وحصته عند الأول فله أن يأخذها منه، وله أن يشارك كل واحد، فيأخذ من كل ثلث ما معه، وله أن يأخذ من الثانى الثلث ويضمه إلى ما مع الأول ثم يقسمانه، وله أن يقتصر على الذى أخذه من الثانى؛ لأن الثالث يقول: كل جزء مشترك بيننا، فلا يختص حقى فيما بقى لى، وما حصل من فوائد المشفوع لا يشارك فيه الآخذ منه إلا ما بيع من الثمرة[٤] قبل التأبير كما سبق بيانه.

وقوله فى الحاوى: فإن عفا واحد أخذ الآخر الكل، كالحاضر ثم شاطره الثانى وأخذ الثلث لا فيما حصل له من فوائده، وعهدته عليه ثم قاسمهما الثالث، فيه أمران، اعترض بهما القونوى:

أحدهما تقديمه قوله: لا فيما حصل له من فوائده، كان ينبغى أن يؤخره بعد قوله: وقاسمهما الثالث؛ لأن تقديمه يوهم اختصاص الثانى بذلك.

الثانى: قوله: أنه لو حضر الثالث، وأراد أن يأخذ من الأول نصف ما فى يده ولا يتعرض للثانى[٥] فله ذلك، قال: وهذا قد لا يظهر بتأول قول المصنف له: ثم قاسمهما الثالث.

وقوله: والعهدة على المأخوذ منه.

---

(١) فى ط: فى الشفعة.
(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٣) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٤) فى ط: إلا ما تبع المبيع من الثمر.
(٥) فى ط: ويعرض للثانى.

أى: والعهدة فيما يأخذه كل واحد على من أخذ منه، فإذا خرج مستحقًّا رجع الأول على المشترى والثانى على الأول ليسترد منه ما أعطاه، والثالث عليهما أو على الأول بحسب ما أخذه.

وقوله: وملكه وإن تهدم بنحو تملكت، أخذت بالشفعة، إن رضى ذمته، ولا ربا، أو قضى له، أو سلم كلثمن أو قيمة متقوم، يوم عقد، كبضع ودم، ومتعة ونجم.

أى: ويملك الشفيع الشقص المشفوع فيه باللفظ، كتملكت بالشفعة وأخذت، أو اخترت الأخذ بالشفعة ونحوه، لا بقوله: أنا مطالب بالشفعة، ولا يكفى اللفظ وحده، بل لابد من أحد ثلاثة أشياء:

أحدها: إما أن يرضى المشترى ذمة الشفيع، ويمهله، لا إن باع[1] دارًا عليها صفائح من ذهب أو فضة أو عكسه، فإنه يشترط التقابض فى المجلس.

الثانى: قضاء القاضى له بالشفعة، وذلك بأن يثبت عنده باستحقاقها، ثم يشفع ويقضى له بها؛ لأن الشرع نزل الشفيع منزلة المشترى، حتى كأن العقد وقع له، إلا أنه مخير بين الأخذ والترك، فإذا طلب وتأكد طلبه بالقضاء[2] وجب أن يحكم له بالملك.

الثالث: أن يسلم مثل الثمن نقدًا كان أو غيره، ويتسلمه منه أو يخلى بينه وبينه، إذ يلزمه[3] القاضى تسليمه، أو يتسلمه له، ولا يجب عليه تسليم الشقص إذا ملك بأحد الأمرين الأولين، حتى يسلم إليه العوض، سواء كان قد سلم إليه المبيع قبل تسليم الثمن أو بعده، فإن طالبه وعجز أمهل ثلاثا ثم يفسخ، [وإن كان الثمن الذى اشترى به متقومًا؛ مثل: أن يشتريه بثوب، وجب تسليم قيمة الثوب يوم العقد، ومما][4] يتقوم البضع والمتعة والنجم والدم، وخصت بالذكر للتنبيه عليها.

وإذا أصدق زوجته شقصًا من دار أو خالعها بالشقص، فعلى الشفيع أن يسلم قيمة البضع للزوجة أو الزوج، وهو مهر مثلها يوم النكاح أو البينونة، ولو أمتعها شقصًا وجب على الشفيع متعة مثلها.

ولو بذل المكاتب عوض نجم شقص[5]، أخذه الشفيع بمثل النجم إن كان مثليًّا، أو

---

(١) فى ط: إلا إذا باع.

(٢) فى ط: بانقضاء.

(٣) فى ط: أو يلزمه.

(٤) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٥) فى ط: ولو بذل المكاتب عوض نجمه.

قيمته إن كان متقومًا، وإن كان صالح من الدم على الشقص[١] وجب قيمة الدم، وهى الدية، وإن جعل الشقص رأس مال فى السلم، أو أجرة فى إجارة، سلم الشفيع مثل المسلم فيه، أو مثل أجرة المنفعة، ثم إذا تهدم المشفوع فيه أخذ البعض معه بالشفعة على الأصح، فإذا شفع والعرصة سالمة، أو أجزاء البناء سالمة، وإن تفرقت بهدم، فإنه يتملك الجميع بكل الثمن أو يترك.

وقوله: أو حصته بلا خيار إن بيع مع غير، أو تلف جزء يُفرد[٢].

أى: ويملك الشقص بتسليم مثل ثمنه، أو حصته، إن بيع الشقص مع غيره، سواء كان ذلك الغير عقارًا أو غيره من المنقولات كسيف ونحوه، ولو اشترى شقصًا فيه شفعة مع سيف أو دار لا شفعة فيها، فله أن يشفع فى الشقص بحصته من الثمن، فلا خيار للمشترى فى تبعيض صفقته[٣]؛ لأنه دخل عالمًا بذلك.

وكذلك لو تلف من الشقص جزء يفرد بتقويم كالسقف دون البناء، أو البناء دون العرصة، أو مع شىء[٤] من العرصة، فإن له أن يأخذ الباقى بحصته من الثمن أيضًا.

وإذا حصل عيب بلا هدم كشق الجدار ونحوه فبكل الثمن قطعا، فله ثلاث حالات:

الأولى: أن يتهدم الشقص أو بعضه، ولا يتلف شىء من الآخر[٥]، فيأخذ الكل بالكل على الأصح.

الثانى: أن يتلف شىء من الأجزاء فيأخذه بحصته على الأصح.

الثالث: أن يتعيب بشق ونحوه من غير هدم ولا تلف فيأخذه بالكل قطعًا.

وقوله فى الحاوى: إن بيع مع منقول، قد يوهم تخصيص الحكم ببيعه مع المنقول دون العقار، وهما سواء، فقد نصوا على أن من باع نصيبه من سفل مشترك مع علوه الخالص أن الشفعة تختص بالمشترك على الأصح فيؤخذ منه بالحصة[٦].

وقوله: ولو سلم مستحقًّا، أو زيف، أبدل، وإن تملك به حدد.

أى: وإذا شفع فى الشقص لمستحق أو زيف، فإن قال: أخذت بالشفعة فى هذه الدراهم، أو تملكت الشقص بها، فإن جهل كونها مستحقة أو زيفًا، والزيف النحاس، فهو

(١) فى ط: عن شقص.
(٢) فى ط: يُضْرِرهُ.
(٣) فى ط: منفعته.
(٤) فى ط: أو بنفى شىء.
(٥) فى ط: الأجزاء.
(٦) فى ط: فيأخذ بالحصة.

على شفعته، وكذا إن علم على الأصح.

وإذا قلنا: هو على شفعته، فهل تحتاج إلى تملك جديد؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يحتاج؛ لأن الشفعة لا تستحق بمال معين، والأصح: أنها تحتاج إليه، فلو تملك مطلقًا، ثم سلم المستحق أو الزيف، أبدل، ولم يحتج إلى تجديد التملك.

وقيل: حكم المسألتين واحد.

قال النووى: والأصح الفرق.

وقد أطلق فى الحاوى أنه بدل، والأصح أنه يحتاج إلى تجديد التملك إن تملكه بعينه.

وقوله: ويلحق حط بزمن خيار أو تعيب.

أى: وإذا اشترى الشقص بثمن، ثم حطه فى مدة الخيار فهو بعد الحط كالمعقود به، ولا يلزم الشفيع تسليم أكثر منه، وكذلك إذا ظهر عيب بعد حدوث عيب وأخذ أرشًا سقط[1] من الثمن بقدره، ولا أرش للحادث، إن لم ينقص به العين، وقد بيناه.

وقوله: ولو شفع والثمن عرض، فرد بعيب فالشقص كتالف، فعلى الشفيع[2] قيمته فقط، وتفاوت القيمة لا رجوع به.

أى: ولو شفع فى شقص بيع بثوب مثلاً، وقد بينا أن الشفعة تكون بقيمة هذا الثوب، ثم وجد البائع بالثوب عيبًا فرده، لم تنقص الشفعة، ووجب على المشترى قيمة الشقص، ولم يكن له رجوع على الشفيع إن زادت قيمة الشقص على قيمة العرض[3]، ولا للشفيع رجوع عليه، إن نقصت قيمة الشقص عن قيمة العرض[4] على الأصح؛ لأن الشفيع قد ملك بالعوض المبذول.

وقوله: ونقض تصرفه، أو شفع بثانى بيع.

أى: إن بيع الشقص وتصرف المشترى صح تصرفه، ثم إن علم الشفيع بعد ذلك فله نقض تصرف المشترى ويشفع[5] عليه، [وإن نفذ تصرفه للبيع الثانى][6] إن كان بيعًا، وإن كان وقفًا أو هبة ونحوه فلا شفعة إلا بنقضه.

وقوله: ومنع رده بخيار خصه وبعيب ورجوع بائع بفلس وعيب وزوج بتشطير.

---

(١) فى ط: وإن شاء حط.
(٢) فى ط: المشترى.
(٣) فى ط: القرض.
(٤) فى ط: القرض.
(٥) فى ط: ليشفع.
(٦) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

أى: ويمنع الشفيع المشترى من الرد بالخيار الذى ينفرد به؛ لأنه حينئذ يكون المبيع على ملكه فى الأصح، والشفيع يملك نقض ملكه بعد استقراره، فقبوله له أولى[١]، وإن كان لهما أو للبائع فالملك على الصحيح موقوف، أو للبائع، فلا يمكن أن يشفع عليه قبل انتقال الملك إليه، وإذا وجد المشترى بالشقص عيبًا، وأراد رده فللشفيع منعه؛ لأنه قد استحق الشفعة فيه من حين ملكه المشترى، بل للشفيع أخذه بعد الرد بالعيب؛ لأن الرد بالعيب لا يرفع العقد من أصله على الصحيح؛ وأيضًا فقد استدرك الظلامة بأخذ الثمن منه، ووصل المشترى إلى حقه؛ ففيه جمع بين الحقين، ويمنع أيضًا البائع من الرجوع بفلس المشترى، فإذا أفلس مشترى الشقص، وأراد البائع الرجوع فيه فللشفيع منعه؛ لأن حقه سابق ثابت بالعقد، وحق الرجوع يثبت بالفلس.

وإن وجد البائع بالثمن عيبًا، فرده، وأراد الرجوع إلى الشقص، لم يكن له ذلك؛ لتقدم حق الشفيع وتعلقه به، فهو كما لو باعه المشترى.

ولو أصدقها شقصًا ثم طلقها قبل الدخول، وأراد الرجوع إلى نصفه - منعه الشفيع؛ لأن حق الشفعة يثبت بالعقد، وحق الزوج[٢] يثبت بالطلاق.

[وقوله فى الحاوى: ومنع رده بالخياروالعيب ورجوع البائع بالإفلاس لا بالعيب، فيه أمران:

أحدهما: حكمه بأن للشفيع المنع من الرد بالخيار، ليس هذا على إطلاقه، بل هذا إذا كان الخيار للمشترى وحده؛ لأن المنكر يكون حينئذٍ له، ولا يكون لأحد تعلق به، وأما إذا كان الخيار لهما فإن الشفعة لا تثبت؛ لأن الملك موقوف على الصحيح، فكيف يشفع عليه قبل أن يملك؟! وإن قدرنا له ملكًا على الوجه الضعيف، فحق الغير متعلق به، فكيف يثبت فيه الشفعة وثبوتها يبطل حق الغير؛ ولهذا تشهد نصوص الأصحاب فى المهذب وغيره.

وقال البارزى فى شرح الحاوى: ولا بأمر المصنف على هذا.

الثانى: قوله: ويمنع رجوع البائع بالإفلاس لا بالعيب، مقتضاه أن للبائع الرجوع فى الشقص بالعيب الموجود فى الثمن، وهو خلاف ما صححه فى العزيز والروضة، ولأن حق الشفيع ثابت بالعقد والرد بالعيب لا يرجع الملك من حين العقد على الصحيح، بل من حين الرد، فطرآن ما ينفع الملك يبطل حق الشفيع][٣].

---

(١) فى ط: فقبله أولى.
(٢) فى ط: وحق الرجوع.
(٣) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

وقوله: وسقطت بجهل ثمن ولغت[١] دعوى علمه بلا تقدير وصدق مشتر فى جهل شركة، وثمن وفى قدره، ونفى شراء.

أى: وتسقط الشفعة بجهل الثمن؛ إذ لا يمكن الأخذ بمجهول، وإن ادعى الشفيع أن المشترى يعلمه لم تسمع هذه الدعوى، فإن قدر ثمنًا، وادعى علمه به، سمعت دعواه، قال الأصحاب: والحيلة أن يعين الشفيع قدرًا ثم يدعيه، فإن وافقه المشترى فذاك، وإلا حلفه على نفيه، فإن حلف زاد وأعاد[٢] ثانيًا، وهكذا يفعل إلى أن ينكل المشترى، فيستدل الشفيع بنكوله فيحلف؛ لأن اليمين قد يسند إلى غلبة[٣] الظن والتخمين؛ بدليل جواز الحلف على خط أبيه.

وإن ادعى الشفيع استحقاق الشفعة عليه، فادعى الجهل لكونه شريكًا، فالقول قوله، ويحلف بالله: ما علمتك شريكًا، وكذلك إذا ادعى علمه بالثمن وقدره كما بيناه، فأجابه بأنه لا يعلم - قبل منه وحلف، بخلاف ما إذا ادعى عليه ألفًا فقال: لا أعلم كم له علىّ، فإن هذا الجواب لا يقبل.

والفرق: أن المدعى ها هنا هو الشقص لا الثمن المجهول.

وإذا قال المشترى: اشتريت بكذا، ولم يشتر، فالقول قوله مع يمينه.

وقوله فى الحاوى: والقول للمشترى فى الشركة والشراء، وقدر الثمن وجهله [إن قدر، ومعناه: سقط، والقول قول المشترى فى نفى الشراء، وأما قوله: وقدر الثمن، وجهله][٤]، فهو على الوضع المعروف ولا يخفى ما فى توجيه قوله: إن قدر من التعسف، ولا ما فى قوله: وسقط من الغموض.

وقوله: فإن أقر البائع أخذ منه وأعطاه، لا إن قال: قبضت.

أى: فإن أنكر المشترى الشراء، وأقر البائع أنه باع منه، أخذ الشقص منه، وسلم إليه الثمن، وكانت عهدته على البائع، فإن قال: قبضت الثمن، لم يسلمه إليه، بل يبقى عنده كما قلنا فيمن أقر لمن كذبه.

وقوله: وبخبر ثقة بادر بالطلب كالعادة أو نائبه بعد أكل وصلاة حضر، ثم أشهد وعذر إن سلم، ودعا ببركة وبحث عن ثمن، لا فى اشتريت رخيصًا.

---

(١) فى ط: ونفى.
(٢) فى ط: حلف أعاد.
(٣) فى ط: إلى علمه.
(٤) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

أى: ويجب على الشفيع المبادرة إلى الطلب[١] إذا علم؛ لقوله ﷺ: «الشفعة كحل العقال»[٢]، ويكفيه أن يخبره ثقة، والثقة هو من تقبل روايته، من حر وعبد وامرأة، فإن أخبره ثقة وقال: لم أصدقه[٣] لم يعذر، بخلاف ما إذا أخبره فاسق، لكنه إذا صدق الفاسق، وتوانى، سقطت شفعته فى الباطن.

واعلم أن الأعذار على ضربين: ما يطول كالمرض والخوف والحبس، ففى هذه الأحوال يوكل من يطلب إن وجد، فإن لم يفعل بطلت الشفعة فى الباطن، ولو كان غائبًا فعلم بادر بالخروج هو أو وكيله، ولا يؤخر إلا لخوف أو حر أو برد مفرطين.

والضرب الثانى: ما يزول سريعًا بأن كان مشغولاً بصلاة أو طعام أو قضاء حاجة أو فى حمام، فله الإتمام، ولا يكلف قطع ذلك، وإن كانت الصلاة نفلاً، بل لو دخل وقت النفل والأكل وقضاء الحاجة، فله أن يشتغل بها، فإذا فرغ طالب بالشفعة، ويلزمه[٤] تخفيف الصلاة، والاقتصار على ما يجزئ، فإذا لقى المشترى فلا يلزمه أن يكون نطقه أول ما يلقاه بالشفعة، بل لو قال: السلام عليكم، وبحث عن الثمن لم يضر، وكذلك لو دعا له بالبركة، فقال: بارك الله لك فى صفقة يمينك؛ لأنه قد يدعو له؛ ليأخذ بصفقة مباركة، ولو كان بحثه عن الثمن بعد ما أعلمه به فلا بأس؛ لأنه قد يريد أن يقر عنده؛ حتى لا ينازعه.

ولو أتى بفضول لا حاجة إليه كقوله: اشتريت رخيصًا، ونحوه، لم يكن له أن يشفع بعد ذلك.

وإذا عجز عن المبادرة إلى الطلب بنفسه أو وكيله أشهد على الشفعة، وتلفظ بالتملك.

ولو رفع إلى الحاكم الأمر وترك مطالبة المشترى مع حضوره، جاز، كما فى الرد[٥] بالعيب، ولا يكفيه الإشهاد مع القدرة عليهما.

وقوله: وسقطت بترك مقدور كتوكيل، ولو بأجر، لا لغيبة شريك وتأجيل، وكذب بزيادة، ونوع ومشتر وقدر مبيع، لغرض، وبإزالة ملكه، لا بعض إن جهل.

أى: وتسقط شفعته إذا ترك ما يقدر عليه من المبادرة بنفسه، أو بوكيله، أو الرفع إلى الحاكم، ثم الإشهاد عند العجز؛ لأن السكوت مشعر بالرضا.

---

(١) فى ط: على الطلب.
(٢) أخرجه ابن ماجه (٢٥٠٠) عن ابن عمر، وإسناده ضعيف، قاله الحافظ فى التلخيص (٣/ ١٢٥).
(٣) فى ط: لم يَصدُق.
(٤) فى ط: ولا يلزمه.
(٥) فى ط: الربا.

ولو وجد وكيلاً بأجرة المثل، أو بتحمل منه، ولم يوكله، فمقصر.

فإن أخر لغيبة شريك فى الشفعة فمعذور على الأصح؛ لأنه إذا أخذ الجميع متعرض لأنه يأخذ منه بعضه.

وكذلك إذا كان الثمن مؤجلاً كان له التأخير؛ لأنه ليس له أن يأخذ بألف مؤجل لاختلاف الذمم، فقد لا يرضى منه[١]، ولا عليه أن يأخذ بألف حال؛ لما فيه من الإجحاف، فإن رضى وعجل فله الأخذ.

ويعذر فى التأخير إن كذب عليه المخبر فزاد فى الثمن، فقال: اشتراه بألفين، وكان الشراء بألف، أو من جنس الثمن[٢] أو نوعه، كأن قال: اشتراه بدنانير، والشراء بدراهم، أو بقاسانية[٣]، والشراء بسابورية[٤]؛ لأنه قد يعجز عن أحدهما، ويعذر[٥] عن تحصيل الآخر، وكذب فى قدر المبيع، بأن قال: باع كله، والمبيع نصفه أو عكسه؛ لأنه قد يعجز عن ثمن الكل دون البعض، أو يرغب فى الكل دون البعض، وليس الكذب عذرًا على الإطلاق، بل يكون عذرا حيث يكون له فى القدر المكذوب فيه غرض.

أما إذا قال: باع كله بألف، فبان أنه باع نصفه بألف، أو اشترى بألف، فبان أنه اشترى بألفين - لم يكن عذرًا؛ لأنه إذا لم يرغب فى كله بألف، فلأن يرغب فى نصفه بألف أولى، وكذا إذا كذب فى المشترى[٦] بأن قال: اشتراه زيد فبان عمرًا، أو بان ولد زيد أو وكيله؛ لأنه قد يرغب فى مشاركة شخص دون شخص، وتسقط الشفعة بإزالة ملك الشفيع، بأن باع الشريك فباع الشفيع[٧] ملكه، أو وهبه عالمًا بالشفعة بطلت شفعته.

وكذا إذا كان جاهلاً على الأصح.

وإن باع أو وهب بعض ملكه، نظرت: فإن كان عالمًا ببيع شريكه بطلت شفعته، وإن كان جاهلا فلا، على الأصح.

وقوله فى الحاوى: أو كذب فى جنسه إلى قوله: أو بعضه، ولو كان جاهلاً بطل، فيه أمور:

---

(١) فى ط: ذمته.

(٢) فى ط: أو حبس الثمن.

(٣) منسوبة إلى بلدة قاسان، ويقال لها: ساسان.

(٤) منسوبة إلى بلدة تسمى سابور وهى من بلاد فارس.

(٥) فى ط: ويقدر.

(٦) فى ط: كذب عليه بالمشترى.

(٧) فى ط: فباع شريكه.

أحدها: اقتصاره على الجنس فى قوله: أو كذب فى جنسه، مقتضاه: أن الكذب فى النوع لا يؤثر، وحكمهما واحد، كما فى العزيز والروضة، ولو قال: فى نوعه، لدخل الجنس بطريق الأولى.

الثانى: قوله: [أو كذب فى جنسه أو زاد فى قدر المبيع، ولم يقيدها بوجود العرض، وقد بينا][١] أنه لو أخبره بأنه اشتراه كله بألف فبان أنه اشترى نصفه[٢] بالألف أنه لا يعد عذرًا؛ لأنه لا غرض لمن كره شراء كل شىء بألف فى شراء بعضه بالألف.

الثالث: قوله: لا توكيلاً فيه مؤن أو ثقل منه، وهذا وجه، والأصح فى الروضة والعزيز أنها تبطل بتركه، فإن وجد وكيلاً بأجرة المثل أو يتحمل منه[٣] وأخر الطلب عنه، بطلت شفعته.

الرابع: قوله: أو بعضه، الأصح من زوائد الروضة أنه إذا أزال بعض ملكه جاهلاً لا تسقط شفعته؛ لبقاء العلقة.

وقوله: ولا إن صالح عنها أو قاسم بجهل، وبقى [له] زرعه بلا أجر[٤]، أو كعارية بناؤه.

أى: ولا إن صالح عن الشفعة على مال جاهلاً؛ فإن الشفعة لا تبطل على الأصح، كمن صالح جاهلاً عن الرد بالعيب على شىء، فإنه لا يصح، ولا يبطل بالرد على الأصح.

وإذا علم باستحقاق الشفعة بعد أن قاسم، ثبتت[٥] الشفعة مع صحة القسمة، نص عليه الشافعى، رحمه الله تعالى.

واعترض المزنى، وقال: القسمة تتضمن الرضا من الشفيع، وإذا رضى بتملك المشترى بطلت شفعته، فكيف يتصور صحة القسمة مع بقاء الشفعة؟ وأيضًا فالشركة تنقطع بالقسمة، فكيف يشفع وقد صارا جارين[٦]؟ فأجاب الأصحاب عن الأول بأجوبة:

منها: أن يقول المخبر: اتهب أو اشترى بألف فيعفو أو يقاسم، ثم يتبين أن العقد معاوضة، أو الشراء بدون الألف، فإن له أن يشفع.

الثانى: أن يظنه وكيل البائع، فيقاسمه.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) فى ط: بعضه.

(٣) فى ط: بأجرة المثل يتحمل عنه.

(٤) فى ط: بالأجر.

(٥) فى ط: بقية.

(٦) فى ط: وقُدِّرا جارين.

الثالث: أن يوكل فى غيبته من يقاسمه شركاؤه، فيقاسم الوكيل فى غيبته.

الرابع: أن يوكل من يأخذ له الأشقاص التى فيها الغبطة، ويقاسم حيث لا غبطة، فبان أنه قاسم وثم غبطة، وفى هذه المسائل تصح القسمة، وتستحق الشفعة بعدها.

والجواب عن الثانى: وهو صحة الشفعة بعد القسمة، أن القسمة إنما تمنع الشفعة، إذا كانت قبل البيع المستحق به الشفعة، وأما إذا استحق الشفعة قبل القسمة فلا تبطلها القسمة الطارئة مع الجهل، وليست كبيع الشقص، والفرق: أن الجواز[(١)] نوع اتصال؛ ولهذا اختلف فى الشفعة به، ثم إذا أخذ[(٢)] بالشفعة بعد القسمة، وقد زرع المشترى زرعًا، أبقاه له الشفيع[(٣)] إلى الحصاد بلا أجرة؛ لأن مدته قريبة، بل له تأخير الأخذ بالشفعة إلى حصاده، ذكره فى الروضة.

وأما بناؤه وغراسه، إذا بنى بعد القسمة أو غرس، فحكمه حكم العارية، وقد سبق بيانه، وإنما قدرناه بعد القسمة؛ لأن زرعه وبناءه قبلها بلا إذن غَصْبٌ يُقْلَعُ.

* * *

---

(١) فى ط: الجوار.

(٢) فى ط: إذا وجد.

(٣) فى ط: بقى له الشفيع.

القراض[1]

وقوله: باب: القراض توكيل بإيجاب، كقارضت، ضاربت، عاملت، وقبول فى خالص نقد معلوم القدر، عين ثم فى تجارة، بيد العامل، وبطل بتوقيت غير اشتراء.

أى: القراض توكيل من رب المال، ويوكل من العامل فى شىء خالص، وهو التجارة، فيشترط فى المالك أهلية التوكيل، وفى العامل أهلية التوكل فيقارض الولى للطفل، كما يوكل له.

وللقراض أركان: منها:

الصيغة كسائر العقود، وإذا قال: قارضتك، أو عاملتك، أو ضاربتك على أن الربح بيننا نصفان، كان ذلك إيجابًا صحيحًا.

ويشترط القبول فورًا، كسائر العقود، ولا يكفى اللفظ من جانب كما فى الوكالة؛ لأن القراض معاوضة.

ولا يصح إلا فى نقد، وهذا من جملة أركانه، والنقد هو المضروب من الذهب والفضة، فلا يصح فى التبر منهما، ولا فى الفلوس؛ لأن فى القراض تجوزًّا[2]، وإنما جوز للحاجة، فاختص بما يروج بكل حال، ويسهل التجارة به.

ويشترط أن يكون خالصًا، فلا يصح على المغشوش كالكاملية[3].

---

(١) القراض: من القرض أى القطع؛ لأن المالك قطع له قطعة من ماله ليتصرف فيها وفى الربح، والأصل فيه الإجماع وروى أبو نعيم وغيره «أنه صلى الله عليه وسلم ضارب لخديجة رضى الله عنها قبل أن يتزوجها بنحو شهرين وسنه إذ ذاك نحو خمس وعشرين سنة بمالها إلى بصرى الشام وأنفذت معه عبدها ميسرة وهو قبل النبوة» فكان وجه الدليل فيه أنه صلى الله عليه وسلم حكاه مقررا له بعدها وهو قياس المساقاة بجامع أن فى كل العمل فى شىء ببعض نمائه مع جهالة العوض ولذا اتحدا فى أكثر الأحكام وكان قضية ذلك تقديمها عليه وكان عكسهم لذلك إنما هو؛ لأنه أكثر وأشهر وأيضا فهى تشبه الإجارة أيضا فى اللزوم والتأقيت فتوسطت بينهما إشعارا بما فيها من الشبهين وهو رخصة لخروجه عن قياس الإجارات كما أنها كذلك لخروجها عن بيع ما لم يخلق (القراض) وهو لغة أهل الحجاز (والمضاربة) وهو لغة أهل العراق؛ لأن كلا يضرب بسهم من الربح ولأن فيه سفرا وهو يسمى ضربا أى موضوعهما الشرعى هو العقد المشتمل على توكيل المالك الآخر وعلى (أن يدفع إليه مالا ليتجر فيه والربح مشترك) بينهما فخرج ليدفع مقارضته على دين عليه أو على غيره وقوله بع هذا وقارضتك على ثمنه واشتر شبكة واصطد بها فلا يصح نعم يصح البيع وله أجرة المثل، وكذا العمل إن عمل والصيد فى الأخيرة للعامل وعليه أجرة الشبكة التى لم يملكها كالمغصوبة ويذكر الربح الوكيل والعبد المأذون وأركانه ستة عاقدان وعمل وربح ومال وصيغة وستعلم كلها كأكثر شروطها من كلامه.

(٢) فى ط: لأن القراض غرر.

(٣) فى ط: كذلك.

وأن يكون معلوم القدر، فلو قارضه على صبرة مجهولة لم يصح؛ للحاجة إلى معرفة قدره عند القسمة.

ويشترط أنَ يعين في المجلس، وإليه الإشارة بقوله: عين ثم، وقيل: لابد من تعيينه فى العقد، فلو قارضه على أحد هذين الكيسين لم يصح، ولا يصح على ما فى الذمة، بل لو قال له: اعزل قدر دينى عليك فعزله، ثم قارضه عليه - لم يصح؛ لأنه لم يملكه، ولو قارضه على دراهم وديعة عند غيره، صح، ولو أعطاه عرضًا ليبيعها ويقارضه على ثمنها لم يصح؛ للجهالة والتعليق.

والقراض لا يكون إلا فى التجارة، وهى أحد أركانه، فلو قارضه على أن يشترى بدراهم حنطة ويطحنها ويخبزها ويبيعها، لم يصح؛ لأن القراض إنما هو فيما لا يمكن الاستئجار عليه، وهذا ينضبط، فطريقه فيها الاستئجار، وكذا لو قارضه على أن يشترى للعامل بالدراهم نخلاً ليستغله والربح بينهما لم يصح؛ لأن هذه فوائد عين ماله، وليست خالصة بتصرف العامل.

ويشترط أن تكون التجارة بيد العامل، فإن شرط أن تكون فى يد المالك، أو فى يد أمين، وهو يتصرف عند الحاجة - لم يجز؛ لأنه قد لا يجده عند الحاجة، فيؤدى إلى التضييق عليه.

ولا يجوز تقدير مدة القراض، بخلاف المساقاة، والفرق: أن المقصود من المساقاة الثمرة، ووقتها معلوم، يضبط بالمدة، والمقصود من القراض الربح، ووقته مجهول، فلو قال: قارضتك إلى سنة ولا تتصرف بعدها، لم يصح القراض؛ لأنه قد لا يجد فى هذه المدة راغبًا فيتعذر الربح، فإن قال: ولا تشتر بعدها جاز؛ لأن المالك متمكن من منعه من الشراء فى كل حال، وإن قال: لا تبع بعدها فسد العقد؛ لأنه قد يكون عنده عروض بعد انقضاء السنة، وقضية القراض أن ينضض العامل ما فى يده، فالمنع من البيع بعدها مخالف لمقتضى العقد، ولا يصح تعليق القراض، وسكت عن ذكره، استغناء بما ذكر فى الوكالة؛ لأن القراض توكيل.

وقوله فى الحاوى: فى خالص نقد مضروب معين، فيه أمران:

أحدهما: قوله: نقد مضروب، هذا القيد لا حاجة إليه؛ لأن النقد لا يطلق إلا على المضروب؛ قال فى العزيز، والروضة: الأول أن يكون نقدًا، وهو الدراهم والدنانير المضروبة، ففسره بأنه المضروب كما ترى.

الثانى: قوله: معين، ظاهره اشتراط التعيين فى العقد، وهو ما قاله صاحب التهذيب،

والذى رجحه الرافعي فى الشرح الصغير، ونقله فى العزيز والروضة عن الإمام والقاضى: أنه يجزئ التعيين فى المجلس كما فى السلم والصرف.

وقوله: وفى نادر وحرفة ومع شخص وبعمل مالك لا عبده تبعًا.

أى: ويبطل القراض بتوقيت، وفى شىء معين يندر وجوده كالخيل البلق والخز الأدكن والياقوت الأحمر والصيد، حيث يعم؛ لأن الشرط ألا يضيق على العامل.

ولو قال: لا تشتر إلا هذه السلعة لم يجز؛ لأنه يندر بقاؤها ففيه تضييق عليه، أو لا تشتر هذه السلعة لم يضر.

وإن عين ما لا يندر مما يوجد شتاءً وصيفًا كالحبوب والحيوان والخز والقز، صح، وكذلك إن كان مما لا يدوم كالفواكه، وإن كان فى القراض فيها معنى التوقيت؛ لإمكان التجارة فيها، ما دامت موجودة، وإذا انقطع ولم يبق فى البلد منها شىء، ولا يصح فى حرفة، كقارضتك بهذه الدنانير لتشترى به قطنًا فتغزله، أو غزلاً فتنسجه، وكذلك إذا عين له شخصًا، وقال له: لا تعامل سواه فإن هذا تضييق عظيم، سواء كان المطلوب لا تنقطع عنده[(١)] أو لا، فإذا أذن له فى التجارة فى البز تصرف فى كل ما يلبس من الإبريسم والقطن والكتان والصوف دون البسط، وكذا الأكسية على ما صححه النووى وإن كانت ملبوسة؛ لأن بائعها لا يسمى بزازًا، ولو شرط أن يعمل معه المالك[(٢)] لم يصح؛ لأن ذلك يمنع استقلال العامل، ولو شرط أن يعمل معه عبد المالك جاز؛ لأن العبد مال يدخل تحت اليد، فإذا دفعه إليه فقد جعله معينًا وخادمًا للعامل، إلا إن صرح بالحجر عليه من التصرف دونه فإنه يفسد.

وقوله: على أن الربح بينهما مقدر بجزء، كثمرة بمساقاة، فإن شرط للعامل النصف وسكت جاز لا عكسه.

أى: وشرط أن يكون ربح المال للمالك والعامل، لا لغيرهما، فإن شرط جزءًا منه لثالث بلا عمل لم يصح، ويشترط أن يكون الربح بينهما مقدرًا، وأن يكون التقدير جزئيًّا، فلو قال: على [أن لك سهمًا][(٣)] أو نصيبًا لم يجز؛ لعدم التقدير، أو على أن لك مائة [لم يجز؛ لعدم التقدير الخبرى الذى هو كالنصف والربع والسدس، كما يشترط التقدير

---

(١) فى ط: لا ينقطع عنه.
(٢) فى ط: له المالك.
(٣) فى ط: أن ذلك بينهما.

الخبرى، كما فى ثمر المساقاة][١]، وإنما شرط التقدير بالجزئية؛ لأن الغبن[٢] قد يأتى على الربح كله.

ولو قال: على أن الربح بيننا صح، وحمل على النصف، ولو قال المالك للعامل: على أن لك النصف وسكت صح، أو على أن لى النصف وسكت فسد، والفرق: أن الربح تابع للمالك، فإذا قال: على أن لك النصف، علم أنه قد أخرج من ربح ماله النصف للعامل، وبقى النصف له بحكم الأصل، وإن قال: على أن لى النصف فليس فى كلامه ما يدل على أنه جعل للعامل شيئًا.

وقوله: وله فى فاسد أجر مثل، لا إن شرط كله للمالك.

أى: وإذا فسد القراض لاختلال شرط لم يبطل التصرف، بل يصح للإذن، فإذا تصرف وربح فالربح كله للمالك؛ لأنه ربح ماله، ويستحق العامل أجرة المثل فيما عمل، ويأخذها سواء حصل ربح أم لا، نعم إن شرط الربح كله للمالك لم يستحق شيئًا؛ لأنه عمل غير طامع بشىء فى عمله، واعلم أن الأصحاب ذكروا فى الوكيل أنه وإن صح تصرفه فلا يجوز له الإقدام على التصرف إذا كان العقد فاسدًا، وخالفهم ابن الصباغ، وعبارة الحاوى هنا توافقه.

وقوله: وهو كوكيله، لكن يأخذ بالعرض والعيب، ولا يشترى بعضه وزوجه كالمأذون وباشتراط.

أى: العامل كالوكيل فى أنه لا يبيع بغبن ولا نسيئة، ولا يشترى بغبن، فإذا أذن له المالك فى بيع نسيئة أشهد، وإلا ضمن، وإن باع حالا حبس المبيع، فإن أذن له بالتسليم لم يلزمه الإشهاد؛ لأن الحال لا يعتاد الإشهاد فيه[٣]، لكن العامل يفارق الوكيل فى أنه يبيع بالعرض ويشترى بالمعيب، [ولا يجوز ذلك للوكيل، ويشترى المعيب] حيث غبطه؛ لأن الغرض الربح، بخلاف الوكيل، ولا يجوز له شراء من يعتق على المالك كابنه[٤]، ولا شراء زوجته إن كان رجلًا، ولا زوجها إن كانت امرأة على الأصح؛ لأنه ينفسخ به النكاح، والغرض من القراض الاسترباح، لا ما[٥] فيه ضرر، ويجوز للوكيل أن يشترى من يعتق عليه؛ لأنه أذن له فى شراء عبد بصفات، وقد اشتراه كما[٦] أمره، فالمأذون له فى التجارة[٧] كالعامل،

(١) بدل ما بين المعقوفين فى ط: لعدم تقدير الجزء كما فى ثمر المساقاة.
(٢) فى ط: المعين.
(٣) فى ط: عليه.
(٤) فى ط: كأبيه.
(٥) فى ط: إلا ما.
(٦) فى ط: فما.
(٧) فى ط: بالتجارة.

سواء قال له: اتجر، أو اشتر؛ لأن تصرفه للربح، إلا أن للعامل أن يرد المعيب، وإن لم يُرِدْ المالك رده، بخلاف المأذون والوكيل، والفرق أن له تعلقًا بالربح.

وقوله في الحاوى: وهو كالوكيل إلى قوله: اتجر، لا اشتر، فيه أمران:

أحدهما: أنه أطلق[1] القول بأنه كالوكيل، إلا فيما استثناه، ولم يستثن اشتراء المعيب فاقتضى أنه لا يجوز، وهو جائز إذا اشتراه بقدر قيمته، ورأى فيه مصلحة.

الثاني: أن التفريق بين اتجر واشتر شىء رواه الإمام على قول، والذى فى العزيز والروضة أنه لا فرق عند الجمهور بين قوله: اشتر وبين قوله: اتجر؛ لأن الأصحاب نقلوا قولين في اشتراء عبد المأذون لمن يعتق على سيده، وأظهرهما البطلان، وقال الإمام: إن قال له: اتجر بطل قطعا، وإن قال له: اشتر فعلى القولين، والأظهر فيهما البطلان، وهو مخالف للمأخوذ به[2] على الطريقين جميعًا.

وقوله: وإن أذن له فقارض ولم ينسلخ، أو ليشاركه فسد، وبلا إذن، كغاصب له ربح ما عقد بذمته ولعامله أجره.

أى: وإذا قارض العامل غيره فلا يخلو أن يفعل ذلك بإذن أو بلا إذن، فإن فعله بإذن نظرت: فإن انسلخ من الإذن وصير نفسه وكيلاً للمالك فى معاملة الثانى صح، وكان الربح بين المالك والعامل الثانى، سواء اقتضى إذن المالك انسلاخه أم أطلق، فإن قارضه على أن يكون ما شرط له بينهما فسد، وإن أذن له المالك أن يقارض كذلك، وهو المراد بقوله: أو ليشاركه فسد قراضه - وإن لم يقارض على الأصح - لأن شرط هذه المعاملة أن تكون من مالك لا عمل له وعامل لا ملك له، وهذا يريد أن يكون عاملاً لا عمل له، فلم يجز.

فللعامل على المالك[3] أجرة المثل فى هذه الصورة، والربح له، ولا شىء للعامل الأول، وإن قارضه بلا إذن فهو كالغاصب، فإن تصرف العامل الثانى فبيعه بعين المال وشراؤه به باطل.

وإن كان شراؤه فى الذمة وبيعه سلمًا، فهل يكون العوض ملكًا للعامل الثانى؛ لأنه غاصب اشترى فى ذمته؟ أم يقع للعامل الأول؛ لأنه عقد له بإذنه؟ وجهان: أصحهما: أنه للعامل الأول، وللثانى عليه أجرة المثل، وجعل فى الحاوى الحكم فى المسألتين واحدًا، وهو وهم؛ فإن المعروف أنه إذا أذن له فقارضه، وشرط لنفسه جزءًا ولم ينسلخ أن العقد

---

(١) فى ط: أنه علق.
(٢) فى ط: للمأذون له.
(٣) فى ط: عن.

يفسد، وللعامل الثانى أجرة المثل على المالك، والربح كله للمالك.

وقوله: وإن رضى أحدهما بمعيب فالأصلح.

أى: إذا اشترى العامل للقراض معيبًا، ثم علم وأراد رده، وأراد المالك إمضاء العقد أو عكسه، روعيت المصلحة، فإذا كانت المصلحة فى رده أجيب طلبه، وإلا أجيب الآخر؛ لأن العامل صاحب حق فى المال، بخلاف الوكيل.

وقوله: وإن سافر أو ركب بحرًا بلا إذن ضمنه وثمنه وإن عاد، وصح بيعه بقيمته لا دون بلده وله ما شرط.

أى: ولا يجوز له أن يسافر بمال القراض، إلا بإذن، فإن سافر أو ركب بحرًا بلا إذن ضمنه وضمن ثمنه، بخلاف الوكيل يتعدى فى السلعة بلبس أو عارية، ثم يبيعها، فإن الثمن لا يكون مضمونا عليه؛ لأن التعدى كان فى غيره، وها هنا التعدى فى السفر، وهو شامل للثمن والمثمن، فلا يسقط الضمان بعوده إلى البلد؛ لأن العود لا يسقط به ما وجب بالسفر.

فإن باعه بقيمته فى البلد الذى سافر إليه نظرت: فإن كانت[1] أكثر من ثمن المثل ببلده أو مساوية له صح، وإن كانت دونه لم يصح، ويعفى عما يتغابن الناس بمثله، ولو باعها بمثل قيمة بلده، وهى دون قيمة البلد الذى يسافر إليه لم يصح، وإذا صححنا بيعه فالقراض صحيح، وله ما شرط له من الربح؛ إذ الضمان لا ينافى صحة القراض، كما لا ينافى صحة الوكالة، وإن سافر بإذنه فله البيع بدون ثمن بلده، إن كان له غرض فيه، بأن كان لنقله مؤنة تزيد، أو وجد مشتر فيه غبطة، وإن أذن له فى السفر مطلقًا لم يكن له أن يسافر فى البحر حتى يأذن فيه.

وقوله فى الحاوى: وصح بيعه لا بدون ثمن البلد الأول، لم يشترط إلا مراعاة[2] ثمن البلد الأول، ولابد من مراعاة قيمة بلد البيع مع ذلك، فإن استويا صح، وإلا فأكثر القيمتين.

وقوله: وعلى العامل نفقته، ونشر وطى، وحمل خفيف أو أجرها.

أى: وعلى العامل نفقة نفسه سفرًا وحضرًا؛ إذ قد لا يحصل إلا قدر النفقة فيخل بمقصود القراض، وعليه ما جرت العادة أن يتولاه بنفسه كنشر الثياب وطيها وذرعها، وإدراجها فى مكان الحفظ، وإخراجها وحمل ما خف من المال ووزنه، كالمسك والفضة

(١) فى ط: كان.
(٢) فى ط: الأمر مراعاة.

والذهب، وعليه الأجرة إن استأجر؛ لما[١] عليه أن يتولاه بنفسه.

وقوله: وعلى المالك أجر حمل ثقيل، وكيل ووزن لم يباشره.

أى: وعلى المالك نقل مال القراض إذا أذن له فى السفر به، وكذلك أجر حمل الشىء الثقيل من البيت إلى السوق وعكسه، وأجرة الكيال والوزان والحارس وما يأخذه الرصدى، فإن فعله بنفسه فهو متبرع به، ومزيد اعتناء؛ ليحصل الربح ولا يستحق به شيئًا.

وقوله: وملك بقسمة الربح، لا ريعا عينيًا، ويقر بفسخ معها، أو نضوض، أو بإتلاف مالك.

أى: ويملك العامل حصته من الربح بالقسمة، وتستقر بعد فسخ القراض، لا قبله، سواء كان عرضًا رضى المالك بقسمته أو نقدًا، ولو فسخ العقد والمال ناض ملك العامل حصته على الأصح، وإن لم يقسم، كما ذكره فى العزيز والروضة، وفى قول يملك حصته بالظهور، إلا أنه ملك غير مستقر.

فلو طلب أحدهما القسمة قبل فسخ القراض لم يجبر الآخر، فإن تراضيا على القسمة والعقد باق، لم يستقر ملكه بل هو على حاله وقاية لرأس المال.

ويستقر ملكه أيضًا بإتلاف المالك المال ويغرم حصة العامل، ويكون الإتلاف بمثابة الاسترداد، ولو استرد الكل غرم حصة العامل وكذلك إذا أتلف.

وإذا اشترى للقراض[٢] نخيلاً فأثمرت، أو بهيمة فولدت، أو جارية فوطئت - فالثمرة والولد والمهر يختص به المالك؛ لأنها فوائد لم تحصل بالتجارة بل من عين المال، وقال الإمام والغزالى: هذه الفوائد كلها مال تجارة، وفصل المتولى فقال: إن كان فى المال ربح وملك العامل حصته بالظهور، فهى تجارة، وإن لم يكن أو كان وقلنا: يملك بالقسمة، فمن الأصحاب من عدها من مال القراض، وقال عامتهم: يفوز بها المالك. وقال الرافعى: ويشبه أن يكون هذا أولى.

وقوله فى الحاوى: ويملك الربح بالقسمة وإتلاف المالك، فيه أمران:

أحدهما: مقتضاه: أنه يملك الربح مستقرًا بالقسمة، سواء فسخ العقد أم لا، وليس كذلك، بل لو اقتسما الربح، والقراض باق، فهو وقاية، كما كان حتى لو حصل نقص فى رأس المال خير بما اقتسماه من الربح، فلا يستقر فى القسمة إلا بالفسخ.

الثانى: أنه قصر[٣] حصول الملك فى الربح على القسمة، ولو نض المال ثم فسخ

(١) فى ط: كما.
(٢) فى ط: بالقراض.
(٣) فى ط: اقتصر.

القراض ملك كل حقه؛ إلا ممن جعله[١] وقاية.

وقوله: ويورث بظهور، ويجبر به نقص وتالف، لا قبل تصرف.

أى: وإذا قلنا: إن الربح لا يستقر إلا بالقسمة والفسخ فإنه بالظهور يورث، حتى يملكه بموت العامل، ويجبر به، على ما يطرأ على مال القراض من نقص بانخفاض السعر وكذلك بالتلف، لكن بعد التصرف، فإذا احترق بعض مال التجارة أو غرق وهناك ربح جبر به النقص، ولو كان بعد القسمة ما لم يفسخ.

وإن كان التلف قبل التصرف لم يجبر على الأصح، كما لو أعطاه ألفين للقراض فتلف أحدهما قبل الشراء بهما فإنه يتلف من رأس المال، ولا يلزمه جبره بما حصل من الربح، وإن تلف بعد الشراء بهما وجب جبره بما حصل من الربح.

أما إذا تلف المال كله بعد التصرف أو قبله، فإن القراض ينفسخ به، وإن أتلفه أجنبى أخذ البدل منه، وبقى القراض بحاله، وإن أتلفه العامل قال الإمام: ينفسخ القراض؛ لأنه وإن وجب عليه بدله فلا يدخل فى ملك المالك إلا بقبضه منه، وحينئذ يحتاج إلى استئناف القراض.

قال الرافعى: ولك أن تقول: ذكروا وجهين فى أن مال القراض إذا غصب أو تلف[٢] فمن الخصم؟ فيه وجهان: أصحهما: أنه المالك فقط، إن لم يكن فى المال ربح، وإن كان فلهما جميعًا، والثانى: أن للعامل المخاصمة مطلقًا؛ حفظًا للمال، فيشبه أن يكون الجواب المذكور فى إتلاف مال الأجنبى مفرعًا على أن العامل خصم، والتقدير أن يقال: ليس بخصم، بل إذا خاصم المالك وحده[٣] عاد العامل إلى التصرف فيه بحكم القراض، ولزمه مثله فيما إذا كان العامل هو المتلف، ونقل الأسنوى عن القاضى حسين الفرق بين إتلاف الأجنبى وإتلاف المالك والعامل: أن لهما الفسخ؛ فلذلك جعل إتلافهما فسخًا.

وقوله: وإن فسخ وجب رد رأس المال إلى مثله، وله البيع من راغب، لا وثم ربح بدله المالك.

أى: اعلم أنا قد بينا أن القراض توكيل، وأنه قد يصير شركة فى الانتهاء، فلكل منهما فسخه من غير إذن الآخر؛ لأنه عقد جائز. ثم إن كان المال دينًا فاستيفاؤه بعد الفسخ على العامل سواء أكان فى المال ربح أم لا ليرده مثل ما أخذه، وليس الدين كالعين وإن كان نقدًا

(١) فى ط: للأمن من جعله.
(٢) فى ط: وأتلف.
(٣) فى ط: المالك فأخذه.

من نقد رأس المال أخذ المالك مثل رأس المال، فإن فضل ربح اقتسماه كما شرط، وإن كان المال مكسرًا وقد قبض صحيحًا بادل بها العامل إن وجد وإلا اشترى بها عرضًا وباعه بها، وإن كان المال عرضًا أو نقدًا من غير رأس المال، فعليه رد قدر رأس المال إلى جنسه، فيبيعه بما فيه المصلحة من جنس رأس المال أو من نقد البلد، ثم يحصل به رأس المال، وكل هذا مأخوذ من قوله: وجب رد رأس المال إلى مثله، وما زاد على رأس المال فهو مشترك بينهما لا يتعين تنضيضه على واحد منهما، وإذا توقع العامل بعد فسخ القراض وقبل التراضى بأخذ المالك العرض[1] من يشترى العرض بأكثر من ثمن المثل - ولم يكن هناك ربح - فله البيع وإن كره المالك، وإن كان هناك ربح، وقال المالك: تأخذ حقك من العرض، لم يكلف المالك البيع على الأصح؛ إذ لا حاجة إليه ببيعه سواء كان فيه ربح أم لا، وإنما حسن ذكره فى العزيز والروضة.

وقوله: ويكفى وارثًا أقررتك ونحوه فى نقد.

أى: إذا مات المالك أو العامل انفسخ القراض، وذلك معلوم بقوله: القراض توكيل، فإذا مات أحدهما والمال نقد فللمالك أو وارثه إنشاء القراض مع العامل أو وارثه، بأن يقول: أقررتك أو تركتك، أو أبقيتك على ما كنت عليه، ويكتفى به على الأصح.

قال الرافعى والنووى: وهذان الوجهان على قولنا: إن القراض ونحوه لا ينعقد بالكتابة، وأما إذا قلنا: ينعقد فينبغى أن يجرى التقرير إذا كان المال نقدًا، وإن كان المال عرضًا لم يجز التقرير؛ لأن القراض الأول قد انفسخ، وهذا قراض جديد، فلا يجوز على العروض، لكن على العامل تنضيضها كما ينضضها، ولا يحتاج إلى إذن الوارث فى ذلك اعتمادًا على الإذن السابق، وكون التنضيص مأذونًا فيه شرعًا، بخلاف ما إذا مات العامل فإن وارثه لا يبيع إلا بإذن، ويجوز تقريره على النقد، كما يجوز إنشاء القراض معه.

وقوله فى الحاوى: وإقرار الوارث بلفظه: الظاهر أن مراده أن يكون التقرير بلفظ الوارث لا سكوته، وهذا خلاف ما قالوه شارحوه[2] من أن المراد لفظ التقرير، وليس كذلك؛ إذ ليس لتخصيصه به معنى؛ لأنه يجوز أن يعقد بدله بلفظ ضاربت وقارضت، وسائر ألفاظ القراض قطعًا، وكذلك يجوز أن يقول: أقررتك وتركتك على حالك، ذكره فى العزيز والروضة، ولم يقولا: إنه يختص بالتقرير، بل قالا: الخلاف إذا قلنا: إن القراض لا ينعقد بالكتابة، أما إذا قلنا: ينعقد بها، فينعقد قطعًا، ولا شك أن اللفظ أبقيتك

---

(١) فى ط: بأخذ مال القراض.
(٢) فى ط: خلاف ما شرحوه.

على حالك كتركتك على حالك، ولعل الوهم حصل من قوله فى العزيز والروضة: فإذا كان المال عرضًا ففى جواز تقريره على القراض وجهان: أصحهما أنه المنع، ثم قال: والأشبه أنه يختص الوجهان بلفظ الترك والتقرير، ولا تسامح باستعمال الألفاظ التى تستعمل فى الابتداء، وليس فى هذا شىء مما نحن فيه.

وقوله: فإن قرر بمائة ربحها مائتان نصفين، فتضاعف فلكل ثلاثمائة.

أى: إذا أقر الوارث العامل على القراض فى مال كان أصله مائة وربح فيه العامل مائتين، فالربح[1] بينهما نصفين وللعامل من الربح مائة؛ لما بيناه من أنه إذا انفسخ القراض والمال بعد[2] ملك العامل حصته من الربح وإن لم تجز[3] قسمة، فإذا بلغ المال ستمائة أخذ العامل مال الحاصل وربحه وهو مائتان، وبقى أربعمائة للوارث، ورأس ماله وهو مائتان، ونصف الربح وهو مائة، وللعامل نصفه وهو مائة يضيفها إلى المائتين، فيصير مع كل ثلاثمائة.

وقوله: وقررت حصة العامل فيما رد ربحًا وخسرًا، الأصل مائة، وربح عشرين، فرد عشرين فسدسها ربح، ثم خسر عشرين، فللعامل درهم، وثلثاه، وإن خسر عشرين فرد عشرين، ثم ربح عشرين، فخسمة وسبعون رأس مال، وخمسة ربح لهما.

أى: إذا استرد[4] المالك شيئًا من المال بعد الربح، فالمردود ليس من رأس المال خاصة، بل هو شائع أصلًا، وربحًا، فيقرر ملك العامل على ما يخصه مما استرد، وإن استرد وقد حصل فى المال خسران كان الخسران موزعًا على المسترد والباقى، ولا يلزمه جبر حصة المسترد [بالربح الحادث، مثال الاسترداد بعد الخسران رأس المال مائة وخمسة وعشرون، ثم استرد المالك عشرين فسدسها ربح؛ لأن الربع سدس المال وسدس العشرين ثلاثة وثلث، فيستقر ملك العامل على نصفه إذا كان الشرط المناصفة وهو درهم وثلثا درهم، فلو انخفض السوق وخسر عشرين وعاد ما بيده إلى ثمانين فأراد المالك أخذها إلى العشرين ليستوفى رأس ماله، لم يكن له ذلك بل للعامل أن يستوفى منها درهما وثلثى درهم، ويرد ثمانية وسبعين وثلث درهم، ومثاله بعد الخسران أن رأس المال مائة فخسر عشرين واسترد عشرين صار المال ستين، فالخسران موزع على المسترد والباقى،

---

(١) فى ط: والربح.
(٢) فى ط: والمال نقد.
(٣) فى ط: لم تجر.
(٤) فى ط: إذا اشترى.

ولا يلزم جبر حصة المسترد][١].

ولو ربح عشرين فبلغ المال ثمانين، لم يكن للمالك أخذ الكل، بل يكون رأس المال خمسة وسبعين؛ لأن حصة كل عشرين من الخسران خمسة، فالخمسة التى هى حصة العشرين المستردة لا تجبر، وإنما يجبر خسران الباقى، وهو الستون وخمسة عشر[٢]، ويبقى خمسة، تقسم بينهما نصفين، ويحصل للمالك من الثمانين الباقية سبعة وسبعون درهما ونصف درهم.

وقوله: وصدق عامل فى تلف ورد وربح، وخسر، ونهى ونية شراء وقدر أصل.

أى: إذا اختلفا فادعى العامل التلف صدق بيمينه، كالمودع، فإن ذكر سبب التلف ففيه التفصيل المشهور[٣]، وكذلك إذا تنازعا فى رد [ربح][٤] المال وفى الربح يدعيه المالك وينكره العامل، وفى قدر الربح، يقول المالك: ربحت ألفين، والعامل ألفًا، وفى الخسر يدعيه العامل، وينكره المالك، وفى النهى يقول المالك: نهيتك عن شراء كذا وينكره العامل وفيما اشتراه، وفيه ربح، فادعى شراءه لنفسه، وأنكر المالك فيما فيه خسر، فقال: اشتريته للقراض[٥] وأنكر المالك والمصدق فى هذا كله العامل؛ لأنه أمين، وإن اختلفا فى قدر الأصل، فقال المالك: دفعت إليك ألفين، وقال العامل: بل ألفًا، صدق العامل؛ لأن الأصل عدم قبض الزائد.

وقوله: فإن قارض رجلين، وقال: الأصل ألفان، والحاصل ألفان، فصدق واحد، وقال الآخر: ألف فله ربعه، أو والحاصل ثلثه، فله خمسمائة، وللمصدق ثلثها.

أى: فإذا قلنا: إن القول قول العامل فى قدر الأصل فقارض المالك رجلين على أن يكون نصف الربح للمالك، ونصفه لهما بالسوية، ثم قال المالك: الأصل ألفان وصدق أحدهما، وقال الآخر: بل ألف، وأخذنا المقر بقوله، وصدق المنكر بيمينه، فلو كان[٦] الحاصل ألفين، فلا شىء للمقر، وللمنكر ربع الربح، وهو بزعمه [ألف وله مائتان وخمسون، فإذا كان الحاصل ثلاثة آلاف، فللمنكر إذا حلف خمسمائة؛ لأن الربح بزعمه][٧]

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) فى ط: وهو السوق بخمسة عشر.
(٣) فى ط: المذكور.
(٤) سقط فى ط.
(٥) فى ط: للعامل.
(٦) فى ط: فلو قال.
(٧) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

ألفان، وأما المقر فيأخذ مائة، وستة وستين وثلثين؛ لأنه يقول: الأصل ألفان، فيأخذهما المالك عن رأس المال ويبقى خمسمائة، للمقر ثلثها، وثلثاها للمالك؛ لاتفاقهما على أن ما يأخذه المالك مثلا ما يأخذه كل من العاملين، وما يأخذه المنكر من الزيادة كالتالف.

وقوله: وتحالفا فى قدر المشروط، وإن أقر بربح، ثم قال: كذبت، أو غلط، لم يقبل، وبعده لو قال: خسرت وأمكن قبل.

أى: وإن اختلفا فى قدر ما شرط له من الربح، فقال المالك: شرطت الثلث، وقال العامل: بل النصف، تحالفا؛ لأنهما اختلفا فى صفة العقد فأشبه اختلاف المتبايعين[1]، فإذا تحالفا فسخ العقد، وصار الربح للمالك، وللعامل أجرة المثل، وإذا أقر العامل بربح، ثم قال: غلطت فى الحساب، أو كذبت لئلا ينزع المال من يدى لم يقبل؛ لأنه أقر بحق فلم يقبل رجوعه كسائر الأقارير، وإن قال بعد ذلك كله: خسرت صدق، قال فى العزيز والروضة: قال المتولى: وذلك عند الاحتمال بأن حدث كساد فيقبل، ولا يضر قوله أولاً: كذبت، وإن لم يحتمل لم يقبل.

ولم يتعرض فى الحاوى لهذا المنقول عن المتولى.

* * *

(١) فى ط: اختلفا بعوض العقد اختلاف المتبايعين.

المساقاة[1]

وقوله: باب: إنما تصح المساقاة فى نخل وعنب مغروس، معين مرئى، ولو أثمر لا بصلاح.

أى: لا تصح المساقاة، إلا فى النخل والعنب، والمساقاة أن يعامل إنسانًا على أن يتعاهد نخله أو عنبه بالسقى والإصلاح، وما يحدث من ثمرة يكون بينهما، وسميت مساقاة؛ لأن السقى أنفع أعمالها وأكثرها مؤنة، لاسيما فى الحجاز؛ لأنهم يسقون من الآبار، والأصل فى جوازها معاملة النبى ﷺ لأهل خيبر فى النخل[2]، وقسنا العنب عليه دون سائر الشجر؛ لاختصاصهما بالزكاة، واحتياج صاحبهما إلى الإعانة فيما يترفق به من ثمرها له[3]، وللفقراء، ولأن الخرص يتأتى فى ثمرها بتدلى عناقيدها وسائر الشجر تمره مستتر بالورق ويتعذر فيها الخرص، ويتعذر بتعذر تضمين العامل الثمار، والمالك ربما لا يثق بأمانته؛ ولأن الحاجة تدعو إلى المساقاة من حيث إن الأجير لا يكاد يبذل جهده كما يبذله إذا كان شريكًا، ويشترط أن يكون مساقاة[4] عليه مغروسًا، فلا يجوز أن يساقيه على ودى يغرسه؛ لأن الغرس ليس من أعمال المساقاة، ولأنه غرر كثير، إذ قد لا يثبت، وإن ساقاه على ذلك فهى فاسدة يستحق فيها أجرة المثل، إن ظن أنه يثمر فيها.

ويشترط أن يكون معينًا، فلو ساقاه على إحدى الحديقتين، أو على نصيبه المشاع دون شريكه - لم يصح؛ للجهل بالعمل، وتعذر تخصيص عمله بما سوقى عليه من المشاع، نعم يجوز أن يساقى شريكه كما سيأتى.

ويشترط أن يكون مرئيًا، فلو ساقاه على حديقة لم يرها لم يصح على المذهب، وقيل: فيه [القولان؛ لأن المساقاة عمل مجهول، وذلك غرر، ولا يحتمل إضافة غرر عدم الرؤية

---

(١) المساقاة وهى لغة مأخوذة من السقى بفتح السين وسكون القاف المحتاج إليه فيها غالبا لا سيما فى الحجاز فإنهم يسقون من الآبار لأنه أنفع أعمالها وحقيقتها أن يعامل غيره على نخل أو شجر عنب ليتعهده بالسقى والتربية على أن الثمرة لهما. والأصل فيها قبل الإجماع خبر الصحيحين: «أنه صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر» وفى رواية: «دفع إلى يهود خيبر نخلها وأرضها بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع» والحاجة داعية إليها؛ لأن مالك الأشجار قد لا يحسن تعهدها أو لا يتفرغ له. ومن يحسن ويتفرغ قد لا يملك الأشجار فيحتاج ذلك إلى الاستعمال، وهذا إلى العمل، ولو اكترى المالك لزمته الأجرة فى الحال وقد لا يحصل له شىء من الثمار ويتهاون العامل فدعت الحاجة إلى تجويزها.

(٢) يشير بذلك إلى حديث ابن عمرو أن رسول الله عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع. أخرجه البخارى (٢٣٣٨)، ومسلم (١/ ١٥٥١).

(٣) فى ط: إلى إعانة بما يرتفق من تثميرها به.

(٤) فى ط: يكون ما تساقاه.

أيضًا، وهل يجوز عقدها بعد خروج الثمر؟ قال الرافعى: فيه][1] قولان: أظهرهما الجواز، واختلف فى محل القولين على ثلاث طرق، وقال: أظهرها أن القولين فيما إذا لم يبد فيها الصلاح، فأما بعده فلا يجوز قولاً واحدًا؛ لأن تجويزها[2] لتربية الثمار، وتنميتها وهو بعد الصلاح لا يباشر بالعمل، الثانى: إجزاؤهما ما لم يتناه نضجها، والثالث: إجراء القولين مطلقًا.

وقوله فى الحاوى: إنما تصح مساقاة النخل والكرم المغروس المعين المرئى خرجت الثمار أولاً، فيه أمران:

أحدهما: أنه كان ينبغى أن يقول: النخل والعنب؛ لأنه ﷺ نهى عن تسميته كرمًا.

الثانى: قوله: خرجت الثمار أم لا؟ ولم يفرق بين أن يبدو صلاحها أم لا، وهى طريقة، والأصح فى الرافعى والروضة أن ذلك مخصوص بما قبل بدو الصلاح، وأما بعده فلا يجوز قولاً واحدًا، وهى الطريقة الصحيحة عنده.

وقال ابن النحوى فى شرحه: وتحريره بدل قبل الصلاح وقبل التأبير، وهو وهم منه.

وقوله: وفى غير ومزارعة تبعًا، لا مخابرة، فيما تخلل، إن اتحد نفع وعامل وعقد.

أى: إنما تصح المزارعة[3] تبعًا للمساقاة بشروط: أن يكون فى البياض المتخلل بين الشجر، وأن يكون النفع متحدًا فيهما، فإن تباعدا بحيث يمكن سقى أحدهما، وتقلبت الأرض[4] من غير أن ينتفع الآخر، بطلت المزارعة ونحوها، وحيث اتحد النفع عسر انفراد أحدهما به عن الآخر، وقد عبروا بعسر انفراده، والمعنى واحد، والمزارعة هى المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها والبذر على صاحب الأرض، والمخابرة كالمزارعة، إلا أن البذر من العامل، فلو أفرد كل من المزارعة والمساقاة فى عقد لم يجز، وقدم المزارعة على المساقاة؛ لأنها تابعة وعنه احترز بقوله: تبعا، كما لو مزج الرهن بالبيع، لا يجوز تقديم الرهن، وكذا لا يجوز أن يساقى فى الحديقة واحدًا ويزارع فى بياضها آخر، ولو كان بين النخل والعنب وغيرهما من الأشجار المثمرة، جازت المعاملة عليه، تبعًا للنخل والعنب كالمزارعة، على الأصح من زوائد الروضة.

وأما المخابرة فلا تجوز مفردة ولا تبعًا؛ للحديث، وقال النووى فى الروضة: المختار جواز المزارعة والمخابرة، انتهى. لكن المذهب الذى عليه التفريع ما قاله فى الكتاب،

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) فى ط: لأن التجول.

(٣) المزارعة لغة: مفاعلة من الزرع، وهى تقتضى وقوعه منهما معا، لكنها فى الشرع صارت معاملة على الأرض بحصة من حاصلها إلى أجل معلوم.

(٤) فى ط: وتقليد الأرض.

[وعليه العمل][١].

وقوله: مؤقتة بمعين، يثمر فيه غالبًا، ولو أخره.

أى: إنما تصح المساقاة مؤقتة كالإجارة؛ إذ لو تأبدت لصارت كالملك، وتضرر المالك، ولأنها لتعهد الثمرة وإصلاحها، وأمد[٢] ذلك معلوم، بخلاف القراض، ثم التأقيت يجب أن يكون بزمان معين كالسنة والسنتين، وأن يكون بمدة يوجد فى مثلها الثمرة[٣] غالبًا، فإن قدر بمدة لا تثمر فيها غالبًا لم يصح، وإن عمل فيها العامل لم يستحق أجرة إن علم، وإن جهل كونها لا تثمر فيها استحق أجرة المثل، ولو أقت بزمان إدراك الثمر لم يصح؛ لأن الإدراك يتقدم ويتأخر، فإن أقت بمدة تثمر فيها غالبًا، ولكن فى آخر سنة من السنتين المساقى عليها، جاز، وكانت السنون كالشهور فى السنة التى لا تخلو من الثمر فيها.

وقوله فى الحاوى: مؤقتة بزمان يحصل الريع فيها غالبًا ولو أخر سنين، فيه أمران:

أحدهما: قوله: مؤقتة بزمان، قال ابن النحوى فى تحريره: يدخل فيه ما إذا وقت بزمان إدراك الثمر، وهو وجه صححه الغزالى، والأصح أنه لا يجوز.

الثانى: قوله: يحصل فيه الريع، يوهم أن اشتراط المدة تتسع إلى الجذاذ، وعبارة غيره يثمر فيها غالبًا؛ لأنه بإطلاع الثمرة فى المدة يملك حصته وعلى المالك إبقاؤها إلى الجذاذ.

وقوله: ومع شريك وبشرط إعانة عبده، بطعم لا هو، ولا أجير عليه.

أى: وتصح المساقاة مؤقتة ولو مع شريكه إن شرط[٤] له جزءًا من الثمر فى مقابل عمله كالثلث، والربع والخمس، لامعينًا كمائة، ولو شرط أن يعينه عبد رب المال جاز، لا أن[٥] يكون عاملاً مشاركًا فى الرأى والتدبير، ويشترط أن يعرف العبد أيضًا، فلا يصح على عبد مجهول، وإن شرط أن تكون نفقة العبد على العامل جاز على الأصح، ويطعمه ما جرت به العادة، ويتسامح بجواز ذلك فى المعاملات، وإن شرط أن تكون نفقته من الثمرة لم يجز؛ لأن ما يبقى منها بعد النفقة يكون مجهولاً، فيخرج عن كونه معلومًا بجزئيته، فإن شرط للنفقة جزءًا مقدرًا كالربع، كان مضافًا إلى نصيب المالك وكانت نفقته عليه، فلو شرط أن يعمل معه رب المال لم يجز، وكذا إذا شرط العامل أن يستأجر أجيرًا يعمل معه،

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) فى ط: ومدة.
(٣) فى ط: بمدة مثلها تثمر الثمرة.
(٤) فى ط: أن يشترط.
(٥) فى ط: إلا أن.

وتكون أجرته على المالك؛ لأن العمل شرطه أن يكون على العامل لا على المالك.

وقوله فى الحاوى: أن يعمل معه غلام رب المال، أراد به أن يكون معينًا أو خادمًا لا مشاركًا فى الرأى والتدبير.

وقوله: بنحو ساقيتك، عاملتك، لا بأجرت، وقبول بلا تفصيل عمل، اكتفاء بعرف عرفاه.

أى: وإنما تصح المساقاة بإيجاب نحو ساقيتك، وعاملتك، وكذا عقدت معك عقد المساقاة [واعمل فى هذه الحديقة، أو سلمت إليك نخيلى لتتعهدها فإن ذلك كله يؤدى معناها.

ويشترط القبول،][١] كما فى سائر العقود، ولا يجوز[٢] بلفظ الإجارة، فلو قال: استأجرتك لتتعهد نخلى بربع ثمرها[٣] ونحوه لم يصح، ولو قال: ساقيتك بثلث الثمرة لتكون أجرة لك لم يضر؛ لتقدم لفظ المساقاة، ولا يشترط أن يفصل الإهمال[٤] فى العقد، بل ما اقتضاه لفظ المساقاة فى عرف البلد رجع إليه عند التنازع، ويشترط أن يكونا عارفين بما يقتضيه عقد المساقاة فى العرف من الأعمال، هكذا ذكره فى العزيز والروضة.

وقوله فى الحاوى: والعمل جملة والعرف يفصله، مشكل من حيث إنه معطوف على معمول[٥] عرف، وشرح القونوى له أعجب، فإنه قال: أى: وعرف كل من المتعاقدين العمل جملة، ولا يشترط معرفة الأعمال تفصيلاً، بل العرف الغالب فى كل ناحية يفصله، قال: وهذا إذا عرف المتعاقدان العرف المحمول عليه، قلت: وهل[٦] معرفتهما بالعرف الذى يحمل عليه العقد غير معرفتهما ما يقتضيه العقد فى العرف، ولكنه أراد الجمع بين كلام الرافعى وكلام المصنف، وهما متباينان، قال الرافعى: وإذا عقد بلفظ المساقاة، فالصحيح أنه لا حاجة إلى تفصيل الأعمال، بل يحمل فى كل ناحية على عرفها الغالب، وفيه وجه أنه يجب تفصيلها؛ لأن العرف يكاد يضطرب، وما ذكرناه فيما إذا علم المتعاقدان العرف المحمول عليه، فإن جهلاه أو أحدهما وجب تفصيل الأعمال، هذا كلامه فتأمله[٧]، فإنه يظهر لك فرق ما بين الكلامين.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) فى ط: ولا يجزئ.
(٣) فى ط: بربع منها.
(٤) فى أ: الإجمال.
(٥) فى ط: محمول.
(٦) فى ط: ونقل.
(٧) فى ط: كلامه نفيا.

وقوله: وعرفا شجرا تنوع، أن شرط تفاوت.

أى: وإن كان فى الحديقة نوعان، أو أكثر، فساقاه على الجميع، وإن قال: على الثلث أو الربع، فى الجميع، جاز، وإن قال: على أن لك من الصيحانى الثلث، ومن العجوة الربع ومن البرنى الخمس، اشترط معرفة الأنواع وقدرها، ولو تخمينًا، ولو ساقاه على أن ما سقى بماء السماء ففيه الثلث، أو بالدوالى ففيه النصف - لم يجز.

وقوله: ولزمت، وملك حصته بظهور، وعليه ما يتكرر [كسقى ثمر][١]، ويحتاجه كحفظ وجذاذ، وترقيع اعتيد.

أى: ولزمت[٢] المساقاة بالعقد، فلا يجوز لأحد منهما فسخها، بخلاف القراض، وإن كانا يشتركان فى اشتراك كون الربح والثمر مختصًّا بالمتعاقدين وكونهما مشتركين بينهما بالجزئية، والفرق: أن عمل المساقاة يقع فى أعيان تبقى بحالها، فأشبهت الإجارة فى اللزوم، والقراض لا تبقى أعيانه بعد العمل، فأشبه الوكالة، ثم العامل يملك حصته من الثمرة بالظهور، ولا يتوقف على القسمة، بخلاف القراض، والفرق: أن الثمرة ليست وقاية للأشجار، بخلاف الربح فإنه وقاية لرأس المال، ويجب على العامل فى المساقاة ما يتكرر لحاجة الثمار إليه كل سنة للتنمية، وما هو من مصالحها كالسقى وإصلاح طريق الماء، وتنقية الأنهار والآبار من الحمأة ونحوه، وإدارة الدولاب وغير ذلك، ومنه تقليب الأرض بالمساحى وتكريبها وهو الحرث فى المزارعة، وكذلك تقويتها بالزبل إذا جرت به العادة، نقله الشيخان من التتمة، ومنه التلقيح، والطلع الذى يلقح به على المالك؛ لأنه عين ماله، وليس على العامل إلا العمل، ومنه تنحية الحشيش المضر، والقضبان المضرة بالشجر، وتصريف الجريد، بأن يقطع ما يضر ويرد ما بقى عن وجه العناقيد، وينحى عنها لتصيبها الشمس، ومنه تعريش العنب، ووضع الحشيش فوق العناقيد، إن جرت عادة، والأصح أنه يجب على العامل الجذاذ، وحفظ الثمرة، كما يجب حفظ مال القراض على العامل، وحفظه من الطير ونحوه بأن يجعل كل عنقود فى قوصرة، وهى على المالك، وما لا يتكرر مما يقصد به حفظ الأصل فهو على المالك، كحفر البئر والنهر وبناء الحيطان ونصب الأبواب والدولاب وخراج الأرض، وأما رد الثلم[٣] اليسيرة فالمتبع فيها العرف على الأصح، وما وجب على العامل مما ذكرناه، فله أن يستأجر عليه، فإذا شرط على أحد

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) فى ط: ولزمه.

(٣) الثلم: هو زوال بعض الحائط أو نحوه كزوال شفة الإناء.

منهما ما يجب على الآخر بطل العقد، فإن فعل العامل ما وجب على المالك بلا إذن فلا أجرة له.

وقوله: فإن هرب استأجر من ماله[1] قاض ثم اقترض، ثم المالك، أو عمل ليرجع وأشهد، وإلا فمتبرع كأجنبى أو فسخ، لا إن أثمر، ولو وجد متبرع وسلم أجر عمله، كأن استحق شجره.

أى: اعلم أنه إنما أتى بالفاء؛ لأنه تفريع على قوله: ولزمت، فإن هرب العامل قبل أن يتم ما عليه، فليرفع إلى الحاكم ثم يثبت المساقاة ثم يستأجر عليه القاضى من ماله، إن كان له مال، أو من نصيبه من الثمر إن بدا صلاحه، فيبيع الكل أو البعض بحسب الحاجة، وإلا استقرض له القاضى ثم يستأجر عنه[2].

وإن لم يكن قاض نظرت: فإن عمل المالك أو استأجر من ماله ليرجع، وأشهد على أنه صرف أو عمل ليرجع رجع، قال: وإلا فمتبرع، يعنى إذا لم يرفع إلى القاضى، إن كان، أو لم يشهد عند عدمه، بل صرف[3] أو عمل بلا إشهاد فهو متبرع، كالأجنبى إذا عمل أو استأجر.

ومن شرطه أن يشهد: إنى عملت لأرجع، وإن لم يعمل ولم يصرف وأراد أن يفسخ العقد نظرت: فإن كان ذلك قبل خروج الثمرة جاز لتعذر الاستيفاء، كما إذا أبق العبد المبيع قبل القبض، ويعطى العامل أجرة عمله، وإن كان بعد خروج الثمرة لم يجز الفسخ؛ لأنه صار شريكًا، فإن بدا فيها الصلاح بيع من نصيب العامل فى الأجرة، وإلا فإن باع معه المالك[4] بشرط القطع، أو اشترى من نصيبه ما يحتاج إليه جاز، ولو قال أجنبى أو قريب للهارب: أنا أتبرع بالإتمام عنه فلا يفسخ، ولم يلزم المالك؛ لأنه قد لا يريد دخوله ملكه، فإذا عمل العامل فى المساقاة ثم بان الشجر مستحقًّا، فعلى المساقى له مثل أجرة عمله، كما إذا استأجر الغاصب من عمل فى المغصوب عملًا فإن الأجرة على الغاصب.

وقوله فى الحاوى: وإن هرب، إلى قوله: وإن تبرع أجنبى، فيه أمور:

أحدها: قوله: وإن هرب استقرض، هذا إذا لم يوجد له مال، فإن وجد، أو كانت الثمرة قد بدا صلاحها فإنه يباع نصيبه، قال القونوى: لابد من هذا وإن اقتضى ظاهر كلامه

---

(١) فى ط: بماله.
(٢) فى ط: عليه.
(٣) فى ط: صدق.
(٤) فى ط: مع المالك.

الاستقراض مطلقًا.

الثانى: قوله: ثم ينفق المالك، اقتصر على الإنفاق، وهو مخير بين أن ينفق أو يعمل بيده.

الثالث: قوله: بالإشهاد، مقتضاه أنه إذا أنفق وأشهد رجع مطلقًا، وليس كذلك، بل لا يرجع حتى يشهد أنه أنفق أو عمل ليرجع، فإن لم يصرح بالشهود بقصد الرجوع لم يرجع، نقله فى العزيز والروضة، عن الشامل وأقراه.

الرابع: قوله: أو يفسخ بأجرة مثل ما عمل، ظاهره أن له الفسخ مطلقًا، وليس كذلك، بل إذا لم يثمر الشجر، أما إذا أثمر فإنه لا يجوز الفسخ كما بيناه.

الخامس: قوله: وإن تبرع أجنبى، لا فرق بين أن يتبرع الأجنبى أو القريب، بخلاف ما إذا مات فإن للوارث أن يتمه، وإن لم يخلف له التركة؛ وذلك لأن حصة العامل من الثمرة انتقلت إليه، ويستحق التمكن من الإتمام ليصل إلى حقه.

وقوله: وإن مات وهى بذمة، تمم وارث، ويجبر إن خلف تركة.

أى: إذا مات العامل نظرت: فإن كانت المساقاة على عين العامل انفسخت، كما فى الإجارة على العين، وإن كانت فى الذمة نظرت: فإن خلف تركة فعلى الوارث الإتمام، فيستأجر من يتمها، أو يعمل إن كان أمينًا عارفًا بالعمل، وإن لم يخلف [تركة][1] فللوارث الإتمام، ولا يجب عليه؛ لأنه إنما يخير على توفية ما على الموروث من تركته.

وقوله فى الحاوى: تمم الوارث، ليس على إطلاقه، بل ذلك على مساقاة فى الذمة لا العين كما بيناه، ذكره فى العزيز والروضة.

وقوله: والعامل أمين، فإن خان ألزم أجرة مشرف، فإن لم يفد فعامل.

أى: والعامل أمين، فلا يضمن ما تلف فى يده بغير تقصير، فإن خان وثبتت خيانته ببينة، أو بإقراره أو نكوله، ألزمه الحاكم أجرة مشرف يُستأجر لمراقبته، فإن لم يفد المشرف، ألزم أجر العامل يستأجر للعمل عنه.

* * *

(١) سقط فى ط.

الإجارة[1]

وقوله: باب: صحة إجارة بإيجاب، كأجرتك، أكريت، ألزمت ذمتك ملكتك، منفعتها، أجرتكها لا بعت، وقبول.

أى: إنما تصح الإجارة بهذه الأمور التى نذكرها، فمنها الصيغة[2]، وهى الإيجاب

---

(١) الإجارة فى اللغة اسم للأجرة، وهى كراء الأجير وهى بكسر الهمزة، وهو المشهور. وحكى الضم بمعنى المأخوذ وهو عوض العمل، ونقل الفتح أيضا، فهى مثلثة، لكن نقل عن المبرد أنه يقال: أجر وآجر إجارا وإجارة. وعليه فتكون مصدرا وهذا المعنى هو المناسب للمعنى الاصطلاحى.

وعرفها الفقهاء: بأنها عقد معاوضة على تمليك منفعة بعوض. ويخص المالكية غالبا لفظ الإجارة بالعقد على منافع الآدمى، وما يقبل الانتقال غير السفن والحيوان، ويطلقون على العقد على منافع الأراضى والدور والسفن والحيوانات لفظ كراء، فقالوا: الإجارة والكراء شىء واحد فى المعنى

والإجارة الأصل فيها أنها مشروعة على سبيل الجواز. والدليل على ذلك الكتاب والسنة والإجماع والمعقول: أما الكتاب فمنه قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾. ومن السنة ما رواه أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «من استأجر أجيرا فليعلمه أجره»، وقوله: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه»، وقوله: «ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة وعد منهم رجلا استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره». وكذلك فعله عليه الصلاة والسلام وتقريره. وأما الإجماع فإن الأمة أجمعت على العمل بها منذ عصر الصحابة وإلى الآن وأما دليلها من المعقول فلأن الإجارة وسيلة للتيسير على الناس فى الحصول على ما يبتغونه من المنافع التى لا ملك لهم فى أعيانها، فالحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان، فالفقير محتاج إلى مال الغنى، والغنى محتاج إلى عمل الفقير. ومراعاة حاجة الناس أصل فى شرع العقود. فيشرع على وجه ترتفع به الحاجة، ويكون موافقا لأصل الشرع. وهذه هى حكمة تشريعها.

(٢) عقد الإجارة ما يتم بها إظهار إرادة المتعاقدين من لفظ أو ما يقوم مقامه، وذلك بإيجاب يصدره المملك، وقبول يصدره المتملك على ما يرى الجمهور، فى حين يرى الحنفية أن الإيجاب ما صدر أولا من أحد المتعاقدين والقبول ما صدر بعد ذلك من الآخر.

وجمهور الفقهاء على أن الإجارة تنعقد بأى لفظ دال عليها، كالاستئجار والاكتراء والإكراء. وتنعقد بأعرتك هذه الدار شهرا بكذا؛ لأن العارية بعوض إجارة. كما تنعقد بوهبتك منافعها شهرا بكذا، وصالحتك على أن تسكن الدار لمدة شهر بكذا، أو ملكتك منافع هذه الدار سنة بكذا، أو عوضتك منفعة هذه الدار سنة بمنفعة دارك، أو سلمت إليك هذه الدراهم فى خياطة هذا، أو فى دابة صفتها كذا، أو فى حملى إلى مكة، فيقول: قبلت، مع أن هذه الألفاظ لم توضع فى اللغة لذلك، لكنها أفادت فى هذا المقام تمليك المنفعة بعوض.

وتوسع الحنابلة فى ذلك حتى قالوا: تنعقد الإجارة بلفظ أجرت وما فى معناه كالكراء، سواء أضافه إلى العين، نحو أجرتكها أو أكريتكها، أو أضافه إلى النفع، نحو قوله: آجرتك نفع هذه الدار، أو: ملكتك نفعها. وتنعقد أيضا بلفظ بيع مضافا إلى النفع، نحو قوله: بعتك نفعها، أو: بعتك سكنى الدار، ونحوه. وقالوا: التحقيق أن المتعاقدين إن عرفا المقصود انعقدت بأى لفظ كان من الألفاظ التى عرف بها المتعاقدان مقصودها، فإن الشارع لم يحد حدا لألفاظ العقد، بل ذكرها مطلقة. وانعقادها بلفظ البيع مضافا إلى المنافع قول عند الحنفية أيضا، وقول عند =

والقبول، كأجرتك هذه الدار، وأكريتها شهرًا بكذا، فيقول على الاتصال: قبلت أو استأجرت أو أكريت، فكذلك ملكتك منفعتها، شهرًا بكذا؛ لأن الإجارة تمليك المنفعة، فلو قال: أجرتك شهرًا بكذا، فكذلك على الأ صح، ويكون ذكر المنفعة تأكيدًا لقوله فى البيع: بعتك عين هذه الدار، وقيل: لا يجوز؛ لأن لفظ الإجارة إنما وضع مضافًا إلى العين، ولو قال: بعتك منافعها لم يجز؛ لأن البيع موضوع لملك الأعيان، فكما لا ينعقد بلفظ الإجارة لا تنعقد الإجارة بلفظه، فإن قال: ألزمت ذمتك عمل كذا صح، وأغنى عن ألفاظ الإجارة ولا يملك المنفعة، وإنما سكت عن التمثيل للقبول لظهوره، وسكت فى الحاوى عن قوله: ألزمت ذمتك، وكان ذكره أهم من ذكر أكريتك؛ لكونه أبعد منه شبهًا بأجرت.

وقوله: بأجر له حكم ثمنٍ، فى عينية، كاستأجرتك، وله حكم رأس مال سليم، فى إجارة ذمة، ومطلقة حالٌ. وبطلت بعمارةٍ، وبجزءٍ مما عمل فيه.

أى: وصحتها بإيجاب وقبول مع أجر هو أحد أركانها[١]، وإن كانت الإجارة واقعة على العين، كما إذا استأجر دارًا ليسكنها[٢]، أو دابة معينة ليركبها أو رجلاً ليحج عنه، أو يعمل

= الشافعية؛ لأنه صنف من البيع؛ لأنه تمليك يتقسط العوض فيه على المعوض، كالبيع، فانعقد بلفظه.

وفى القول الأصح عند الشافعية وقول عند الحنفية لا تنعقد الإجارة بلفظ: بعتك منفعتها؛ لأن المنفعة مملوكة بالإجارة، ولفظ البيع وضع لتمليك العين، فذكره فى المنفعة مفسد؛ لأنه ليس بكناية عن العقد، ولأنه يخالف البيع فى الاسم والحكم، ولأن بيع المعدوم باطل، والمنافع المعقود عليها معدومة وقت العقد كما يقول الحنفية.

وأجاز الحنفية والمالكية والحنابلة التعاقد بالأفعال فى الأشياء الخسيسة والنفيسة ما دام الرضا قد تحقق، وفهم القصد، وهو قول عند الشافعية اختاره النووى وجماعة. وقيد القدورى الحنفى الجواز بأنه فى الأشياء الخسيسة دون النفيسة. وهو قول أيضا عند الشافعية، والمذهب عندهم المنع، والعبرة بما تدل عليه ظروف الحال، كأن تكون العين المؤجرة معدة للاستغلال، كمن يبيت فى الخان (الفندق) فإنه يكون بأجر. وبناء على أصل مذهب الشافعية من منع عقود المعاطاة لو دفع ثوبًا إلى خياط ليخيطه، ففعل، ولم يذكر أحدهما أجرة، فلا أجرة له. وقيل: له أجرة مثله لاستهلاكه منفعته. وقيل: إن كان معروفا بذلك العمل بالأجر فله أجرة مثله، وإلا فلا.

(١) الأجرة هى ما يلتزم به المستأجر عوضا عن المنفعة التى يتملكها. وكل ما يصلح أن يكون ثمنا فى البيع يصلح أن يكون أجرة فى الإجارة، وقال الجمهور: إنه يشترط فى الأجرة ما يشترط فى الثمن. ويجب العلم بالأجر لقول النبى صلى الله عليه وسلم: «من استأجر أجيرا فليعلمه أجره»، وإن كان الأجر مما يثبت دينا فى الذمة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة فلا بد من بيان جنسه ونوعه وصفته وقدره. ولو كان فى الأجر جهالة مفضية للنزاع فسد العقد، فإن استوفيت المنفعة وجب أجر المثل، وهو ما يقدره أهل الخبرة.

(٢) فى ط: دارًا تسكنها دابته.

له عملاً، فللأجرة حكم الثمن فى البيع، وإن كان معينًا اشترط أن يكون مرئيًا، ولا يشترط العلم بقدره، بل تصح بصبرة من الدراهم، [وإن كانت الإجارة واردة على عين فالأجر كالثمن][(١)] فى الذمة يجوز تأجيله وتعجيله وتنجيمه ومطلقه حال، ويجوز الاعتياض عنه، والحوالة به وعليه.

والأصح أن قوله: استأجرتك إجارة واقعة على عينه، وقيل: على ذمته؛ ولهذا خصه بالتمثيل.

وإن كانت الإجارة فى الذمة كما إذا استأجر دابة موصوفة ليركبها، أو ألزم ذمته حجا، أو عملاً كخياطة ثوب، فإن الأجرة والحالة هذه لها حكم رأس مال السلم، فيشترط قبضه فى المجلس، ويجوز أن يكون معينًا، وأن يكون فى الذمة، فإن أجله فسد العقد، وإن أطلق حمل على الحال، وصح واشترط تسليمه فى المجلس له، ولا تصح الحوالة به ولا عليه، ولا الاستبدال به ولا الإبراء عنه.

ولا تصح إجارة دار بعمارتها، ولا بدراهم على أن يعمرها بها؛ لأنها تصير إجارة بدراهم وعمارة فهى مجهولة.

ولا تصح إجارة على عين بجزء منها بعد العمل، كطحن البر بالنخالة، أو بجزء من الدقيق، وسلخ الشاة بجلدها، أو إرضاع الرقيق بجزء منه بعد الأرضاع، أما بجزء قبله فجائز كطحن البر بجزء من البر، ونقل الإمام والغزالى عن الأصحاب أن الاستئجار لإرضاع الرقيق بجزء منه قبل الأرضاع لا يجوز؛ لأن شرط العمل أن يقع فى خالص ملك المستأجر، واعترض عليه بأن القياس الجواز، ولا يضر وقوعه فى المشترك، ألا ترى أن أحد الشريكين لو ساقاه صاحبه وشرط له زيادة من الثمرة جاز، وإن وقع العمل فى المشترك، قال الرافعى: وظاهر المذهب مال إليه.

وقوله فى الحاوى: بأجر مشاهد إلى قوله: كاستأجرتك، فيه أمران:

أحدهما: أن قوله: مشاهد، أراد به قد شوهد، ولا يشترط أن يكون مشاهدًا حال العقد، فلو قال: بأجر شوهد لكان أخصر وأحصر.

الثانى: أنه قد وصف الأجر بأوصاف عددها، ثم قال فى آخرها: إلا فى الإجارة العينية، فيوهم الناظر فيه أن الاستثناء من جميع الأوصاف، وإن علم الفقيه بفقهه أن من قوله: حال، إلى آخره، صفة للأجر الواقع إجارة فى الذمة، وأن ما قبله صفة للأجر الواقع

---

(١) فى ط: وإن كان فى الذمة فهو كالثمن.

فى إجارة العين.

وقوله: فى محض منفعة متقومة، مقدورة التسليم، شرعًا، معلومة، تقع للمستأجر، وفى امرأة لرضاع وبئر لاستقاء.

أى: وتصح الإجارة فى المرأة للإرضاع، وفى البئر للاستقاء، وإن كانت تتضمن عينًا، وهذا على قولنا: الماء مملوك وهو الصحيح، وكل منهما[١] يتضمن منفعة وعينًا، فالمنفعة فى الإرضاع وضع الطفل فى الحجر، وإلقامه الثدى وعصره له بقدر الحاجة، والعين اللبن، والمنفعة فى البئر الوقوف فى مكان الاستقاء، والانتفاع بمكان الماء والعين الماء، ولا يختص ذلك بالبئر، بل للقناة ونحوها حكمها، وجوز فى هذين للحاجة، ولا يجوز استئجار شاة للرضاع، وسيأتى الكلام على باقى المسائل فى مواضعها قريبًا إن شاء الله تعالى.

وقوله فى الحاوى: فى رضاع المرأة ومحض المنفعة، فيه أمران:

أحدهما: أن بعض شراحه اعترض عليه فى إفراد[٢] الرضاع عن المنفعة المحضة، وقال: هذا يفهم أن العين هى الأصل عندهم التى تناولها العقد، فهو وجه ضعيف، والأصح أن الأصل فعلها، واللبن يستحق تبعا، قلت: لا اعتراض عليه فإنه فإنما أفرده عن المنفعة المحضة، ولا قائل بأن الرضاع منفعة محضة، وقد قالوا: استحق به عين ومنفعة، بل ذكرا فى العزيز والروضة أنه يجوز على الأصح الاستئجار للرضاع مع نفى الحضانة، ونقلا عن الإمام أن المراد بنفى الحضانة هنا فعل الإرضاع، قال: وأما الحضانة بالتفسير[٣] الذى نذكره[٤] فيجوز قطعها عن الإرضاع بلا خلاف.

الثانى: أنه اقتصر فى غير المحضة على إرضاع المرأة، واستئجار البئر فى الاستقاء وارد عليه إذا قلنا بالأصح أن الماء مملوك[٥].

---

(١) فى ط: منها.

(٢) فى ط: على.

(٣) فى ط: بالتفصيل.

(٤) فى ط: يذكره.

(٥) المعقود عليه فى الإجارة مطلقا عند الحنفية هو المنفعة، وهى تختلف باختلاف محلها. وعند المالكية والشافعية أن المعقود عليه إما إجارة منافع أعيان، وإما إجارة منافع فى الذمة. واشترطوا فى إجارة الذمة تعجيل النقد، للخروج من الدين بالدين. وعند الحنابلة محل العقد أحد ثلاثة: الأول: إجارة عمل فى الذمة فى محل معين أو موصوف. وجعلوه نوعين: استئجار العامل مدة لعمل بعينه، واستئجاره على عمل معين فى الذمة كخياطة ثوب ورعى غنم. الثانى: إجارة عين موصوفة فى الذمة. الثالث: إجارة عين معينة لمدة محددة. =

. . . .

= ويشترط لانعقاد الإجارة على المنفعة شروط هى:

أولا: أن تقع الإجارة عليها لا على استهلاك العين. وهذا لا خلاف فيه، غير أن ابن رشد روى أن هناك من جوزها فى كل منهما لأن ذلك كله منفعة مباحة. كما توسع الشافعية فى المنفعة فأدخلوا الكثير من الصور. ويتفرع على هذا صور كثيرة تستهلك فيها العين تبعا كإجارة الظئر، وإنزاء الفحل، واستئجار الشجر للثمر. فالحنفية ينصون على أن الإجارة لا تنعقد على إتلاف العين ذاتها، والمالكية ينصون على أنه لا يجوز استيفاء عين قصدا، كما نص الحنابلة على أن الإجارة لا تنعقد إلا على نفع يستوفى مع بقاء العين إلا إذا كانت المنافع يقتضى استيفاؤها إتلاف العين كالشمعة للإضاءة.

ثانيا: أن تكون المنفعة متقومة مقصودة الاستيفاء بالعقد، فلا تنعقد اتفاقا على ما هو مباح بدون ثمن لأن إنفاق المال فى ذلك سفه. والمذاهب فى تطبيق ذلك الشرط بين مضيق وموسع. وأكثرهم فى التضييق الحنفية، حتى إنهم لم يجيزوا استئجار الأشجار للاستظلال بها، ولا المصاحف للنظر فيها. ويقرب منهم المالكية، لكنهم أجازوا إجارة المصاحف وإن كرهوا ذلك. بينما توسع الحنابلة، حتى أجازوا الإجارة على كل منفعة مباحة. ويقرب منهم الشافعية، إلا أنهم لم يجيزوا بعض ما أجازه الحنابلة، كإجارة الدنانير للتجميل، والأشجار لتجفيف الثياب، فى القول الصحيح عندهم.

ثالثا: ويشترط أن تكون المنفعة مباحة الاستيفاء، وليست طاعة مطلوبة، ولا معصية ممنوعة فالإجارة على المنافع المحرمة كالزنى والنوح والغناء والملاهى محرمة. وعقدها باطل لا يستحق به أجرة. ولا يجوز استئجار كاتب ليكتب له غناء ونوحا؛ لأنه انتفاع بمحرم. وقال أبو حنيفة: يجوز. ولا يجوز الاستئجار على حمل الخمر لمن يشربها، ولا على حمل الخنزير. وبهذا قال أبو يوسف ومحمد والشافعى. وقال أبو حنيفة: يجوز؛ لأن العمل لا يتعين عليه، بدليل أنه لو حمل مثله جاز. وروى عن أحمد فيمن حمل خنزيرا أو خمرا لنصرانى قوله: إنى أكره أكل كرائه، ولكن يقضى للحمال بالكراء. والمذهب خلاف هذه الروايات؛ لأنه استئجار لفعل محرم، فلم يصح، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم لعن حاملها والمحمولة إليه. وأما حمل هذه الأشياء لإراقتها وإتلافها فجائز إجماعا

رابعا: ويشترط فى المنفعة لصحة الإجارة: القدرة على استيفائها حقيقة وشرعا. فلا تصح إجارة الدابة الفارة، ولا إجارة المغصوب من غير الغاصب، لكونه معجوزا عن تسليمه، ولا الأقطع والأشل للخياطة بنفسه، فهى منافع لا تحدث إلا عند سلامة الأسباب. وعلى هذا فلا تجوز إجارة ما لا يقدر عليه المستأجر، ويحتاج فيه إلى غيره. وانبنى على هذا القول بعدم جواز استئجار الفحل للإنزاء، والكلب والباز للصيد، والقول بعدم جواز إجارة الظئر دون إذن زوجها؛ لأنه مانع شرعى يحول دون إجارتها. إجارة الظئر ورد بها الشرع كما سبق. وينبغى أن تكون بأجر معلوم. وتكلم الفقهاء عن المعقود عليه هنا، فقيل: إن العقد ينصب على المنافع، وهى خدمتها للصبى، والقيام به. واللبن يستحق عن طريق التبع، بمنزلة الصبغ فى الثوب؛ لأن اللبن عين فلا يعقد عليه فى الإجارة. وقيل: إن العقد يقع على اللبن أصلا، والخدمة تبع، فلو أرضعته بلبن شاة لا تستحق الأجر، ولو أرضعته دون أن تخدمه استحقت الأجرة. ولو خدمته بدون الرضاع لم تستحق شيئا. وأما كونه عينا فإن العقد مرخص فيه فى الإجارة للضرورة لحفظ الآدمى. ويجوز استئجارها بالطعام والكسوة إذا تحدد ذلك فى العقد وبين اتفاقا. جاء فى الجامع الصغير: فإن سمى الطعام، ووصف جنس الكسوة، وأجلها، وذرعها، فهو جائز بالإجماع. أما إذا لم يتحدد ذلك فإنه يجوز عند الجمهور على ما سبق.

خامسا: ويشترط فيها أيضا لصحة الإجارة: أن تكون معلومة علما ينفى الجهالة المفضية للنزاع. =

. . . .

= وهذا الشرط يجب تحققه في الأجرة أيضا؛ لأن الجهالة في كل منهما تفضى إلى النزاع. وهذا موضع اتفاق.

وتتعين المنفعة ببيان المحل. وقد تتعين بنفسها كما إذا استأجر رجلاً لخياطة ثوبه وبين له جنس الخياطة. وقد تعلم بالتعيين والإشارة، كمن استأجر رجلاً لينقل له هذا الطعام إلى موضع معلوم.

وقد أدى اشتراط بيان محل المنفعة إلى تقسيم الإجارة إلى إجارة أعيان تستوفى المنفعة من عين معينة بذاتها بحيث إذا هلكت انفسخت الإجارة كاستئجار الدور للسكنى، وإلى إجارة موصوفة فى الذمة تستوفى المنفعة مما يحدد بالوصف، فإذا هلكت بعد التعيين قدم المؤجر غيرها. وعند الحنابلة وفى رأى عند الشافعية اشتراط رؤية العين المؤجرة قبل الإجارة، وإلا فللمستأجر خيار الرؤية. غير أن الحنابلة يقصرون اشتراطه على بعض الإجارات، كرؤية الصبى فى إجارة الظئر، وفى إجارة الأرض للزراعة، بينما الشافعية يعممون ذلك.

ويعتبر جمهور الفقهاء العرف فى تعيين ما تقع عليه الإجارة من منفعة، فكيفية الاستعمال تصرف إلى العرف والعادة. والتفاوت فى هذا يسير لا يفضى إلى المنازعة. وللشافعية فى استحقاق الأجر بعد استيفاء المنفعة أربعة أوجه: الأول: أنه تلزمه الأجرة وهو قول المزنى؛ لأنه استهلك عمله فلزمه أجرته. والثانى: أنه إن قال له: خطه، لزمه. وإن بدأ الرجل، فقال: أعطنى لأخيطه، لم تلزمه. وهو قول أبى إسحاق؛ لأنه إذا أمره فقد ألزمه بالأمر. والعمل لا يلزم من غير أجرة لزمته، وإذا لم يأمره لم يوجد ما يوجب الأجرة، فلم تلزم. والثالث: أنه إذا كان الصانع معروفا بأخذ الأجرة على الخياطة لزمه، وإذا لم يكن معروفا بذلك لم يلزمه، وهو قول أبى العباس؛ لأنه إذا كان معروفا بأخذ الأجرة صار العرف فى حقه كالشرط. والرابع: وهو المذهب، أنه لا يلزمه بحال؛ لأنه بذل ماله من غير عوض فلم يجب له العوض، كما لو بذل طعامه لمن أكله. ومن هنا يتبين أن أبا العباس من الشافعية مع الجمهور فى تحكيم العرف.

وتتعين المنفعة أيضا ببيان المدة، إذا كانت المنفعة معروفة بذاتها، كاستئجار الدور للسكنى. فإن المدة إذا كانت معلومة كان قدر المنفعة معلوما، والتفاوت بكثرة السكان يسير، كما يرى الحنفية. ويرى الصاحبان أن كل ما كان أجرة يجب بالتسليم، ولا يعلم وقت التسليم، فهو باطل، ويرى الإمام جوازه. وهذا الشرط غير مطرد، فلا بد منه فى بعض الإجارات، كالعبد للخدمة، والقدر للطبخ، والثوب للبس. وفى البعض لا يشترط. والحنابلة وضعوا ضابطا واضحا، فهم يشترطون أن تكون المدة معلومة فى إجارة العين لمدة، كالدار والأرض والآدمى للخدمة أو للرعى أو للنسج أو للخياطة؛ لأن المدة هى الضابط للمعقود عليه، ويعرف بها. وقيل فيها: إنه يشترط أن يغلب على الظن بقاء العين فيها وإن طالت المدة. وأما إجارة العين لعمل معلوم، كإجارة دابة موصوفة فى الذمة للركوب عليها إلى موضع معين، فإنه لا اعتبار للمدة فيها. ويوافقهم الشافعية فى ذلك عموما. ويقرب من هذا المالكية، إذ قالوا: يتحدد أكثر المدة فى بعض الإجارات، كإجارة الدابة لسنة، والعامل لخمسة عشر عاما، والدار حسب حالتها، والأرض لثلاثين عاما. أما الأعمال فى الأعيان، كالخياطة ونحوها، فلا يجوز تعيين الزمان فيها.

كما تتعين المنفعة بتعيين العمل فى الأجير المشترك، وذلك فى استئجار الصناع فى الإجارة المشتركة؛ لأن جهالة العمل فى الاستئجار على الأعمال جهالة مفضية إلى المنازعة، فلو استأجر صانعا، ولم يسم له العمل، من الخياطة أو الرعى أو نحو ذلك، لم يجز العقد، وإنما لا بد من بيان جنس العمل ونوعه وقدره وصفته. أما فى الأجير الخاص فإنه يكفى فى إجارته بيان المدة. يقول الشيرازى: إن كانت المنفعة معلومة القدر بنفسها، كخياطة ثوب، قدرت بالعمل؛ لأنها معلومة فى نفسها فلا تقدر بغيرها... وإن استأجر رجلا لبناء حائط لم يصح العقد حتى يذكر =

وقوله: لا كلمة بلا تعب، ولا تزيين بطعام، ودراهم لا بعرى ونفع كلب.

أى: لا يصح استئجار مباع ونحوه لكلمة البيع، والكلمة يروج بها السلعة ولا تعب فيها، فإن احتاج إلى تعب كالحفظ والحمل إلى السوق جاز الاستئجار، وإن استأجر لعقد البيع ظانًّا بأنه يصح فتعب وتردد وباع، استحق أجرة المثل، ولا يصح استئجار الدراهم والدنانير غير المعراة والطعام لتزيين الحوانيت؛ لأن ذلك منفعة ضعيفة، ويجوز استئجار المسك والرياحين للشم، لا التفاح إلا الواحدة.

وفى استئجار الشجر لتجفيف الثياب والاستظلال أو ربط الدواب بها والببغاء للأنس بصوته والطاووس للأنس بلونه وجهان، وصحح الجواز.

ولا يصح استئجار الكلب لنفعه[1] على الصحيح، وإن جوزنا اقتناءه لذلك فإن منفعته لا قيمة لها لعينه، وقيل: يجوز استئجاره للصيد والحفظ، وأما استئجار البازى والفهد للاصطياد والهرة لطرد الفأر فجائز.

وأطلق فى الحاوى منع جواز إجارة الدراهم، والدنانير للتزيين، وذلك إذا كانت غير معراة، أما بعد أن تعرى وتعد حليًّا، فيجوز استئجارها.

وقوله: ولا أرض زرع بلا ماء غالب، فإن نفاه، فله غير غرس، وبناء، وبانتفع ما شئت كل.

= الطول والعرض وما يبنى به.

وتتعين المنفعة ببيان العمل والمدة معا: كأن يقول شخص لآخر: استأجرتك لتخيط لى هذا الثوب اليوم. فقد عين المنفعة بالعمل، وهو خياطة الثوب، كما عينه بالمدة، وهو كلمة: اليوم. وللفقهاء فى هذا الجمع بين التعيين بالعمل والمدة اتجاهان: اتجاه يرى أن هذا لا يجوز، ويفسد به العقد؛ إذ العقد على المدة يقتضى وجوب الأجر من غير عمل إذ يعتبر أجيرا خاصا، وببيان العمل يصير أجيرا مشتركا، ويرتبط الأجر بالعمل. وهذا هو رأى أبى حنيفة والشافعية ورواية عند الحنابلة. والاتجاه الثانى جواز الجمع؛ لأن المقصود فى العقد هو العمل، وذكر المدة إنما جاء للتعجيل. وهو قول صاحبى أبى حنيفة والمالكية ورواية عند الحنابلة.

ويشترط فى المنفعة للزوم العقد، ألا يطرأ عذر يمنع الانتفاع بها، كما يرى الحنفية على ما ذكرنا عندهم؛ لأن الإجارة وإن كان الأصل فيها أنها عقد لازم اتفاقا، ولا يجوز فسخها بالإرادة المنفردة، إلا أنهم قالوا: إنها شرعت للانتفاع، فاستمرارها مقيد ببقاء المنفعة، فإذا تعذر الانتفاع كان العقد غير لازم. وقد نص المالكية أيضا على أن الإجارة تفسخ بتعذر ما يستوفى فيه المنفعة، وإن لم تعين حال العقد، كدار وحانوت وحمام وسفينة ونحوها. وكذا فى الدابة إن عينت. وقالوا: إن التعذر أعم من التلف. ويتجه الشافعية فى قول عندهم إلى اعتبار العذر مقتضيا الفسخ، إذ قالوا بانفساخ العقد بتعذر استيفاء المعقود عليه، كمن استأجر رجلا ليقلع له ضرسا، فسكن الوجع على ما سيأتى عند الكلام عن انقضاء الإجارة بالفسخ.

(١) فى ط: للنفقة.

أى: لا يجوز استئجار أرض زراعية للزراعة، إلا إذا كان لها ماء، وهذا الذى احترز عنه بقوله: مقدورة التسليم، فإن كانت للأرض ساقية سقيا يكفيها، أو لها ماء عد متى أراد سقاها به، صحت إجارتها للزراعة[١]؛ لأن المنفعة مقدورة التسليم، وكذلك إذا كانت فى جهة يغلب فيها حصول المطر كبعض[٢] أرض الجبال، وكان يكفيها فى العادة، فهذه أيضا تصح إجارتها قبل أن تسقى، فإن كانت لا يغلب على الظن سقيها واستأجرها لم تصح، سواء استأجرها للزراعة أو مطلقًا، وإن قصد الانتفاع بها فى غير الزراعة، فلابد من التصريح للصارف[٣]، كاستأجرتها للبناء، أو لحفظ الدواب فيها أو على أنها أرض لا ماء لها، فعلم بهذا أن المقصود غير الزراعة لكن ليس له أن يبنى فيها ولا أن يغرس إلا إن صرح أو قال: انتفع بها كيف شئت، وكذلك الأرض التى يعلوها النيل والفرات، إذا كان الغالب أنه يعلوها وينحسر[٤] عنها فى وقت الزراعة، جاز استئجارها قبل أن يعلوها، وإن استأجرها بعد أن علاها وكان انحساره عنها غير موثوق به فى وقت الزراعة لم تصح إجارتها.

وقوله: ولا لمستقبل، فى عينية إلا من مستأجر أو متعاقبين أو فى حج ووقت السفر ويتهيأ.

أى: ولا يجوز الاستئجار لمستقبل من الزمان فى الإجارة العينية، فلو قال: أجرتك هذه الدار للسنة المستقبلة أو الشهر الآتى أو سنة ابتداؤها من غد، لم يصح لعدم القدرة على الانتفاع فى الحال، فلو قال: أجرتك سنة، فإذا انقضت فقد أجرتك السنة الأخرى، فالإجارة الثانية باطلة، كما لو قال: إذا جاء رأس الشهر فقد أجرتك، أما الإجارة إذا كانت فى الذمة فإنها تحتمل التأخير، كما إذا قال: ألزمت ذمتك حمل كذا غدا أو مستهل الهلال صح، كما لو أسلم فى شىء مؤجلاً، وإن أطلق حمل على الحال.

ولو أجر داره من زيد سنة ثم أجرها السنة الأخرى قبل تمام السنة من عمرو، لم يصح، ولو أجرها من زيد صح على الأصح لاتصال المدتين، كما لو أجرها منه فى عقد واحد، ونقل الرافعى عن صاحب التهذيب: أنه لو أجر المالك زيدًا سنة، فأجر زيد عمرًا تلك السنة، أن لعمرو أن يستأجرها السنة المستقبلة من المالك دون زيد، ونقل عن القفال

---

(١) فى ط: للزرع.
(٢) فى ط: كقبض.
(٣) فى ط: بالصارف.
(٤) فى ط: ويتحصل.

عكس هذا وهو إجارتها من زيد دون عمرو، ونقل عنه أيضا، أنه لو أجرها المالك من زيد سنة، ثم باعها فى أثنائها لم يكن لزيد أن يستأجرها السنة الثانية من المالك الثانى قبل انقضاء مدة الإجارة؛ لأنه لم يعاقده(١)، والذى يأتى على أصل صاحب التهذيب أنه يجوز؛ لأنه ينظر إلى اتصال المدتين، لا إلى العاقد، والقفال ينظر إلى العاقد لا إلى اتصال المدتين، وقد مال الرافعى إلى كلام صاحب التهذيب من غير اعتبار اتصال المدتين عند انتقال الملك فى المنفعة، وسكت عما يقتضيه كلامه عند انتقال الملك فى [المنفعة، وسكت عما يقتضيه كلامه عند انتقال الملك فى](٢) الأصل، والحكم واحد.

وكلام صاحب الحاوى موافق لكلام صاحب التهذيب؛ لأنه قال: لا من المستأجر وأطلق، ولا تبطل فى كراء العقب، وهو أن يكترى اثنان دابة ليركب هذا وقتا وهذا وقتا، هذه الإجارة صحيحة، عينية كانت أو غيرها، لاتصال زمان الإجارة فى مجموع حقيهما، وإنما المكتريان يقتسمان الحق الثابت لهما، فإن أكرى(٣) المالك رجلًا ليركب عقبه فالمالك عقبه، فإن عقد على أن المالك يبدأ لم يصح، أو على أن المكترى يبدأ صح، وكانت(٤) أجرة نصف المدة، والمسافة ثم يقتسمان بعد، وإن عقد اثنان على التعاقب وكان التعاقب فى تلك الطريق عادة مضبوطة، بأن يركب هذا يومًا وهذا يوما، أو هذا فرسخًا، وهذا فرسخا جاز، وإلا وجب تقديم العقب، وإن اختلفا فيمن يبدأ أقرع بينهما وكذلك الآفاقى البعيد إذا استؤجر للحج فى غير أشهره، فإنه يجوز، وإن كانت أعماله لا تقع إلا فى الزمان المستقبل، لكن لا يصح إلا إذا حصل العقد فى وقت الخروج لحج، ويعذر فى التقدم عليه بمدة التهيؤ من شراء الزاد والمركوب ونحوه، فإن زاد على ذلك بطلت، وأما المستأجر للحج فى الذمة، فيعقد(٥) متى شاء ويخرج أجيره متى شاء.

وقوله: وبطلت فى حرة مزوجة، لا بإذن(٦) زوج، أو منه ولو لولدها وفى قلع سن إن حرم.

أى: ولا تصح إجارة الحرة المزوجة إلا بإذن زوجها؛ لأن أوقاتها مستغرقة بحقه، فإن أذن جاز أن يستأجر للرضاع وغيره، ويجوز للزوج استئجارها للطبخ وغيره، وكذا لإرضاع

---

(١) فى ط: لم يعاقب.
(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٣) فى ط: فإن اكترى.
(٤) فى ط: وكأنه.
(٥) فى ط: المستأجر فى المدة للحج، فيعقد.
(٦) فى ط: إلا بإذن.

ولدها على الأصح.

وقيل: لا يجوز؛ لأنها أخذت عوضًا للاستمتاع، ولا تستحق شيئًا آخر، قال الرافعى: وهذا على ضعفه منقوض[١] باستئجارها لسائر الأعمال، وأما الأمة فللسيد تأجيرها نهارًا، ولا تنفسخ الإجارة بعقد النكاح على الحرة، كذلك لا يجوز الاستئجار لقلع السن الصحيحة لغير قصاص إنه يحرم، وإن استأجر لقلع سن فاسدة، فصحت، وبطلت الإجارة؛ لأن قلعها، والمعجوز عنه شرعًا كالمعجوز عنه حسًا، ومن نحو هذا احترز بقوله: شرعًا.

وقوله: وفى قرب كإمامة وقضاء ونذر، وتدريس علم[٢]، وصحت بصرف زكاة، وتجهيز ميت وأذان وتعليم قرآن، وللإمام استئجار ذمى لجهاد.

أى: ولا يجوز الاستئجار بفعل القرب التى لا يستناب فيها كالصلاة والصيام؛ لأنها لا تقع لغير مباشرها، وهذا ما احترز عنه بقوله: تقع لمستأجر.

والقرب على نوعين: نوع تدخله النية والأصح الاستئجار[٣] فيها إلا لما دخله النيابة كالحج وتفريق الزكاة.

والذى لا يفتقر إلى النية قسمان: القسم الأول فرض كفاية، وفرض الكفاية نوعان: أحدهما: ما يختص افتراضه بشخص ثم يؤمر به غيره، فإن عجز عنه كتجهيز الميت بالتكفين والغسل والدفن، فإنها تختص بتركته، فإن فقدت فعلى الناس، فيجوز أن يستأجر لها من لم يتعين عليه، وكذا من تعينت عليه على الأصح.

الضرب الثانى: ما يثبت افتراضه فى الأصل شائعًا كالجهاد والقضاء والتدريس العام، فلا يجوز الاستئجار عليه، ويجوز للإمام استئجار الذمى للجهاد؛ لأنه ليس من أهله، ولا يجوز لغيره على الأصح؛ لأن غيره لا يتولى المصالح العامة[٤].

والقسم الثانى: شعار غير مفروض، كالأذان وتعليم القرآن، يجوز الاستئجار عليه، ولو لآحاد الناس بخلاف الإمامة[٥]؛ لأنه مصل لنفسه، ويجوز الاستئجار لتعليم مسألة أو مسائل كتاب معروف بخلاف التدريس العام، وقد أطلق فى الحاوى منع التدريس مطلقًا ولابد من هذا التفصيل[٦].

---

(١) فى ط: على منفعة منقوص.
(٢) فى ط: عام.
(٣) فى ط: فلا يصح الاستئجار.
(٤) فى ط: التامة.
(٥) فى ط: الإقامة.
(٦) الأصل أن كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستئجار عليها، كالإمامة والأذان والحج وتعليم =

وقوله: وليعين قدر المنفعة، بزمن تبقى فيه، أو بمحل العمل لا بهما، والرضيع موضعه، وطول بناء وعرضه وموضعه بارتفاع، وكيفية فى سقف، لبناء، وما قدر بعمل.

أى: وهذا الذى أشار إليه بقوله: معلومة، فيشترط العلم بالمنفعة، وإن كانت فى إجارة عينية، على أنا قد شبهناها بالبيع، والمبيع تكفى فيه المشاهدة دون العلم بقدره، والفرق: أن المنافع ليس بها حصول محقق، وإنما هى متعلقة بالمستقبل، فالمشاهدة لا يطلع منها على الغرض، ولك فى معرفتها طريقان: أحدهما: التقدير بالزمان، كالسكنى للدار سنة، والثانى: محل العمل، كاستئجار الخياط لخياطة ثوب معين، والدابة لركوب مقدر، وأما العقار والإرضاع فلأنه لا يمكن الضبط فيهما إلا بزمان [ويشترط أن تقدرها بزمان][1] تبقى فيه العين، فيجوز تأجير الأرض أيامًا وإلى سنة ومائة سنة؛ لأنها تبقى فى ذلك كله.

ويجوز تأجير العبد إلى ثلاثين سنة، والدابة إلى عشر سنين، والثوب سنة أو سنتين، إن اقتضى ذلك، وإذا استأجر لخياطة، فإن كانت فى الذمة اشترط تعيين الثوب، فيقول: ألزمت ذمتك خياطة هذا الثوب، ولو قال: خياطة ثوب ووصفه، لم يجز؛ لأنه لم يعين خياطة ولا ثوبًا، وفى المعينة يقول: استأجرت لتخيط لى هذا الثوب، ويجوز أن يقول: لتخيط لى يومًا أو شهرًا على الأصح، ولكن يشترط أن يبين الثوب، وما يريد منه من قميص أو سراويل أو قباء والطول والعرض، وأن يبين نوع الخياطة أهى رومية أم فارسية؟ إلا إن اطرد العرف[2]، وإن جمع بين طرفين فى التقديم، وقال: استأجرتك لتخيط لى هذا الثوب اليوم لم يصح؛ لأن ذلك غرر، لا حاجة إلى احتماله؛ لجواز انتهاء اليوم قبل فراغ

= القرآن والجهاد. وهو قول عطاء والضحاك بن قيس وأبى حنيفة ومذهب أحمد، لما روى عثمان ابن أبى العاص، قال: «إن آخر ما عهد إلى النبى صلى الله عليه وسلم أن أتخذ مؤذنا لا يأخذ على أذانه أجرا». وما رواه عبادة بن الصامت، قال: «علمت ناسا من أهل الصفة القرآن والكتابة. فأهدى إلى رجل منهم قوسا. قال: قلت: قوس. وليست بمال، أتقلدها فى سبيل الله. فذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم. فقال: إن سرك أن يقلدك الله قوسا من نار فاقبلها» وعن عبد الرحمن بن شبل الأنصارى قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «اقرءوا القرآن، ولا تغلوا فيه، ولا تجفوا عنه، ولا تأكلوا به، ولا تستكثروا به» ولأن من شرط صحة هذه الأفعال كونها قربة إلى الله تعالى، فلم يجز أخذ الأجر عليها. وقد نص الحنفية على أنه لا يجوز قراءة القرآن بأجر، وأنه لا يترتب على ذلك ثواب، والآخذ والمعطى آثمان، وأن ما يحدث فى زماننا من قراءة القرآن بأجر عند المقابر وفى المآتم لا يجوز. والإجارة على مجرد القراءة باطلة، وأن الأصل أن الإجارة على تعليمه غير جائزة. لكن المتأخرين أجازوا الإجارة على تعليمه استحسانا. وكذا ما يتصل بإقامة الشعائر كالإمامة والأذان للحاجة.

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) فى ط: إلا أن المرد العرف.

العمل وانتهاء العمل قبل فراغ اليوم، ويعين الرضيع فى الاستئجار للإرضاع، ويقدر الزمان[١]، ويبين الموضع الذى يرضع[٢] فيه، ويبين فى استئجار المكان للبناء طول البناء وعرضه وموضعه، سواء كان البناء على الأرض أو على سقف، ثم إن كان على السقف أو مقدرًا بالعمل اشترط بيان قدر الارتفاع وكيفية البناء، وهل هو متصد[٣] أو مجوف؛ إذ ليس البناء على الجدار[٤] كالبناء على السقف من حيث إنه لم يحمل ما تحمله الأرض.

وقوله فى الحاوى: وقدرنا فى الزمان - وإن طال - ليس على إطلاقه، بل يعنى زمانًا يبقى فيه المعقود عليه كما بيناه.

قوله: وعرف راكب برؤية أو بوصف جثة، ومحمل يختلف، ومعاليق[٥] بها أو بوصف ووزن.

أى: ومن أجر دابة وجب أن يعرف الراكب بالرؤية، وهذا ما قطع به الجمهور، وألحق الإمام والغزالى الوصف التام بالرؤية وصححه فى الروضة، ثم ذكر فى الوصف وجهين: هل يكفى ذكر الضخامة والنحافة؟ أم لابد من الوزن؟ ولم يصححا شيئًا، لكن قطع فى الحاوى بالاكتفاء بالوصف المجزئ وبه قطع فى التتمة؛ ويشترط أن يعرف المحمل إن اختلف بمشاهدة أو بوصف ووزن، والمعاليق كذلك، وإن لم يشترط المعاليق لم يستحق حملها.

وقوله فى الحاوى: وعرف الراكب رؤية و ذكر ضخامته، أو نحافته، والمحمل سعة وضيقًا، وزنة، وقدر الطعام الذى للأكل وتفصيل المعاليق، فيه أمران:

أحدهما: قوله: والمحمل سعة وضيقًا، أطلق ذلك وهو ما اختاره الغزالى، والذى صححه الرافعى والنووى أنه إذا كانت محامل قوم متساوية لا يختلف، اكتفى بالعرف فيها.

الثانى: قوله: وتفصيل المعاليق، ظاهره الاكتفاء بالتفصيل دون الوزن، والأصح المذكور فى العزيز والروضة اشتراط مشاهدتها، أو الوصف التام أو الوزن.

وقوله: ودابة برؤية، وللذمة بجنس ونوع، وذكورة أو ضدها، لنحو زجاج مع سير وسرى، وضدها لراكب لا غيرهما، ولكل محط اختلف.

أى: إذا اكترى دابة فإن كانت معينة فلابد من رؤيتها، وإن كانت فى الذمة نظرت: فإن

---

(١) فى ط: بالزمان.
(٢) فى ط: يوضع.
(٣) فى ط: مقصِد.
(٤) فى ط: على الأرض.
(٥) وهى السفرة والأدوات التى يحتاجها المسافر لحاجته من طعام وشراب، وغير ذلك.

استأجرها لحمول[١] غير زجاج ونحوه من فخار، لم يشترط وصفها؛ إذ الغرض إيصال المتاع، وإن كانت لركوب أو لحمل زجاج أو فخار ونحوه اشترط وصف الدابة؛ لأن الأغراض تختلف بذلك، فيذكر الجنس أهى فرس أم بغل أم حمار؟ ويذكر النوع أمن الخيل العربية أم من غيرها؟ وهل ذكر أم أنثى؟ فإن الأنثى أسهل والذكر أقوى، وهذا يشترك فيه الراكب والزجاج والفخار ونحوه، وينفرد الراكب باشتراط ذكر سيرها من كونها مهلجة، أو بحرًا[٢] أو قطوفًا، ويشترط ذكر السرى بالليل والمسير بالنهار، ويشترط ذكر المنازل قربًا وبعدًا، حيث لا عرف، وإن ضبطها عرف كفى، وهذا الأخير وهو ذكر المنازل إذا لم يكن لها عرف، ويشترط ذكرها فى كل محمول كما هو مقتضى كلامهم، ولم يذكر فى الحاوى اشتراط ذكر الذكورة والأنوثة لنحو الزجاج، ولابد منه كما نصوا عليه.

وقوله: والمحمول كزاد قدرًا وجنسًا، أو رآه أو امتحنه بيده، وزيد فى مائة من بر مما شئت ظرف فيعرف إن اختلف.

أى: وإن أجر دابة للحمل فلابد أن يعرف المحمول مقدرًا بالكيل والوزن، وإن كان حاضرًا ظاهرًا أو رآه كفى، وإن كان فى ظرفه امتحنه باليد تخمينًا لوزنه.

ولابد من ذكر جنسه عند عدم الحضور، أن التأثير بما بين الحديد والقطن المتساويين فى الوزن يختلف، وكذا الزاد يحمله الراكب معه ولا يدخل إلا إذا شرط، وبين جنسه وقدره، وزنًا أو كيلاً، أو رآه كما ذكره فى المحمول.

وأهمل فى الحاوى ذكر جنس المحمول. ولابد منه كما نصوا عليه، نعم لو قال له: احمل ما شئت مقدرًا بالوزن جاز، أو بالكيل لم يجز على الأصح فيهما.

وإذا لزم ذمته حمل مائة من بر استحق حملها وحمل الظرف معها، فإن كانت الظروف لا تختلف جاز، وإن كانت الظروف تختلف فلابد من معرفة الظرف، وإلا فسد العقد، وإن ألزم ذمته حمل مائة من قماش[٣] وإن لم يعين جنسًا صح، ودخل الظرف فى الوزن، فلا يحتاج إلى معرفته؛ لأنه موزون مع ما فيه.

وقوله فى الحاوى: [من بر][٤] مع الظرف ومن بر دونه، أدخل الظرف عند الإطلاق

(١) فى ط: المحمول.
(٢) فى أ: أو بحترًا.
(٣) فى ط: مائة مما شاء.
(٤) فى أ: ولمائة من.

على مقتضى إطلاقه أن ذكر الجنس لا يجب، والأصح أنه لا يصح العقد إذا أهمل ذكر الجنس، إلا إذا قال: احمل مائة مما شئت لا مائة قفيز ونحو ذلك.

وقوله: ولحرث وحفر شدة ولين، ولاستقاء موضع بئر وعمقها، ودلو وعدد أو مدة، والآلة عليه فى استقاء التزمه.

أى: وإذا استؤجر للحراثة وجب معرفته للأرض شدة وصلابة أو رخاوة، وكذلك إذا استؤجر لحفر البئر والنهر، ولا بد من التقدير بالزمان أو بالعمل، فيقول فيه بالعمل. احرث لى هذه القطعة، وبالزمان: احرث لى شهرًا أو احفر لى شهرًا، ويعين الدابة[١] فى إجارة العين المقدرة بالزمان؛ لأن العمل يختلف بذلك، ولا يشترط فى المقدرة بالعمل، ويشترط ذكر الطول والعرض والعمق فى حفر البئر ونحوها إن قدر بالعمل، فإن انهار شيء من المحفور فى البئر لم يلزم الأجير إخراجه، وإن وجد شدة فى البئر، وكان بحيث يعمل فيها المعول وجب الحفر، وإن لم يقدر فيها، أو خرج الماء قبل إتمام الحفر انفسخ فى الباقى لا فى الماضى، فيوزع المسمى على ما عمل وما بقى، وإن استؤجر لاستقاء فلابد من معرفة موضع البئر وعمقها والدلو بالمشاهدة أو بالوصف إن انضبط فيه[٢]، وإن استأجره للاستقاء وقدر بالزمان كاسق لنا هذا اليوم صح، وإن قدر بالعمل وجب ذكر عدد الدلاء والآلة المستقى بها إذا التزم الاستقاء فى ذمته.

وقوله: وعلى مكر تفريغ دار وبئر حش، وبالوعة، ابتداء فقط، ومفتاح وحدده بلا إكراه، كعمارة ونزع من غاصب.

أى: ويجب على مكرى الدار تسليمها فارغة البالوعة وبئر الحش، ولا يجب تفريغها إذا امتلأت مع المستأجر، بل يجب التفريغ عليه؛ لأن الامتلاء حصل بفعله فصار كنقل الكناسات الحاصلة فى دوام الإجارة، ونقلها على المستأجر، وكذا نقل الرماد على الأتون[٣]، وما حصل من أسفل الدار من ثلج لا يلزم المؤجر كسحه، بخلاف ما وقع منه على السطح فإنه يطالب به؛ لأنه من عمارة الدار، فإن حصل به خراب فله الخيار، وكذا مفتاح الدار يجب أولاً على مكرى الدار للمكترى للتمكين من الانتفاع، ولا يجب عليه القفل إذا كانت عادتهم الإقفال؛ لأنه منقول لا يتبع فى البيع والمفتاح تابع للغلق، [وهو أمانة فى يد المكترى، فإن ضاع بلا تفريط لم يلزمه ضمانه، وطولب المكترى بتبديله لكن

---

(١) فى أ: ويبين الدابة.
(٢) فى ط: إن ضبط فى.
(٣) الأتون: الموقد الكبير، كموقد الحمام والجصاص، وتشدد التاء.

لا يجبر عليه كعمارة الدار][1]، فللمستأجر الخيار إذا لم يبذل المؤجر المفتاح ويعمر الخراب، حتى لو وكف السقف لعدم التطيين ثبت له الخيار إلا أن يصلحه.

وإذا غصب الدار المستأجرة لم يلزم المالك نزعها من الغاصب وإن قدر، وقال القونوى رحمه الله تعالى: ينبغى إذا قدر أن يلزمه ذلك، لكن مقتضى ما نصوا عليه من أنه لا يجب عليه دفع الحريق عنها، ولا دفع الغاصب يقضى بأنه لا يلزمه الاسترجاع، فإن كانت فى الذمة لزمه إبدالها.

وقوله فى الحاوى: والمفتاح بلا تجديد والعمارة بلا إكراه، مشكل مصرح بأن إبدال المفتاح لا يستحق، ومقتضاه أنه لا فسخ للمستأجر إذا لم يبدل به، بخلاف العمارة، وليس كذلك، بل هما سواء يطالب بهما المؤجر، فإن امتنع من إبدال المفتاح وعمارة الدار لم يجبر، وثبت الخيار[2] للمكترى، كما هو المعروف فى العزيز والروضة وغيرهما.

وقوله: وعليه إكاف وحزام وثغر وبرة، وخطام، وفى إجارة ذمة وإعانة راكب ورفع حمل ومحتمل، وحط وظرف.

أى: وعلى المكرى الإكاف، وهى للحمار والبغل مكان السرج للفرس والحزام، وخطام وثغر وهو ما يجعل تحت الذنب ليحفظ الإكاف والسرج من التقدم، والبرة وهى حلقة من صفر تجعل فى لحم أنف البعير يستوى فى وجوب الجميع على المكرى فى إجارة العين والذمة، وقيل: ليس عليه فى إجارة العين إلا الدابة معراة من جميع ذلك، ويجب على المكرى فى إجارة الذمة خاصة إعانة الراكب بالخروج مع الدابة وسوقها، وإعانته بالركوب والنزول، وإن كان ضعيفًا كالمرأة والمريض والشيخ الكبير ومفرط السمن وجب أن ينيخ لهم لعجزهم، ولأن المرأة قد تنكشف، ويقرب لهم البغل والحمار من موضع مرتفع؛ ليسهل الركوب، والاعتبار فى القوة والضعف بحالة الركوب لا حالة العقد، وإذا نزل الراكب لما لا يتهيأ فعله على الدابة كقضاء الحاجة والصلاة، لزم المكرى الوقوف بالدابة فى انتظاره ويخفف[3]، ولا تلزمه المبالغة فى التخفيف ولا القصر والجمع، وليس له الإبطاء والتطويل، وله النزول أول الوقت[4] لينال الفضيلة، وعلى المكرى رفع الحمل والمحمل إلى ظهر الجمل والحطة، ويجب عليه الظرف الذى ينقل الحوائج إليه. ولا

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) فى ط: الفسخ.
(٣) فى ط: فيخفف.
(٤) فى ط: أولا فى الوقت.

يجب شيء من ذلك في إجارة العين، والفرق: أنه في إجارة الذمة التزم النقل[(١)] من بلد إلى آخر، وفي إجارة العين لا يلتزم إلا بتسليم الدابة بإكافها ونحوه، ولا يخفى أنه لو عقد على الدابة من غير إكاف ولا خطام صح، ولا يلزمه، وسكت في الحاوي عن ذكر السرج، وقد يوهم أن له حكم الإكاف، والصحيح أن المتبع فيه العرف كما هو في العزيز والروضة وغيرهما.

وقوله: وعلى المستأجر محمل وتابعه، وفي سرج وخيط وحبر وصبغ، وذرور العرف وإلا بين.

أي: وليس على المؤجر تحصيل المحمل وتوابعه، من المظلة والغطاء والوطاء والحبل الذي يشد به المحمل على البعير اتباعًا للعرف، فإن كان في بلد العرف فيه أن الحبل الذي يشد به المحمل على البعير على المكرى كالثمن، اتبع فيه العرف، وأما إذا اكترى منه فرسًا ليركبه، واكترى خياطًا ليخيط له قميصًا، أو وراقًا لينسخ له كتابًا أو صباغًا ليصبغ له ثيابًا، أو كحالا ليداويه، فهل السرج والخيط والحبر والصبغ والذرور على المستأجر أو على الأجير؟ فيه ثلاث طرق: أصحها يتبع العرف في ذلك، ذكره في العزيز والروضة، وقد خالف صاحب الحاوي الصحيح في هذه المسائل الخمس، فإن لم يكن عرف وجب البيان، فإن شرطه على الأجير صح ولزمه، وفي الرافعي: إنا إذا قلنا: لا يلزم الوراق الحبر فشرط عليه، بطل العقد وألحق به الخيط والصبغ والطلع في التلقيح والذرورة، فلا يقال: إن كل ما لم يكن فيه عرف إذا شرط بطل العقد، وإنما تبطل هذه؛ لأن من يقول بالصحيح يرى أنها تابعة، ولكنها لا تلزم إلا بعرف أو بشرط، وأما الوجه الذي لا يوجبها على الأجير فيرى أنها أعيان غير تابعة فاشتراطها مبطل سواء عرف أم لا.

وقوله: ولا يتلازم رضاع وحضانة، فإن أجر لهما وانقطع لبن وزع.

أي: وإذا استأجرها للحضانة لم يلزمها الإرضاع، [أو للإرضاع لم يلزمها الحضانة، على الأصح][(٢)] وقيل: يتلازمان، فإن استأجرها لأحدهما لزم الآخر، وقيل: الرضاع يستلزم الحضانة ولا عكس، والحضانة عبارة عن حفظ الصبي وتعهده بالتنظيف والتطهير والدهن والكحل والإضجاع في المهد وتحريكه لينام ونحوه، فإن كانت الإجارة لهما صحت وانعقدت لهما، وإن انقطع اللبن انفسخت في الرضاع، وفي الحضانة قولان: تفريق

---

(١) في ط: التزم الذمة

(٢) ما بين المعقوفين سقط في ط.

الصفقة، والأصح: أنها تفرق فيسقط من الأجرة قسط الباقى من مدة الرضاع، فلو كانت أجرة كل منهما مثل أجرة الآخر، كان نصف المسمى فى مقابلة الرضاع[1] متساوية، وإن كانت أجرة نصف الآخر من المدة أقل أو أكثر اعتبرته بقسطه.

وقوله: وبدل بزاد ومستوف ومستوفى به، وكذا منه فى ذمة بتلف وعيب.

أى: وإذا نفذ الزاد الذى اكترى عليه فى الطريق أو بعضه إما بأكل أو تلف أو سرقة، فله الإبدال به كغيره، ولو استوى سعره فى المنازل، ولو شرط ألا يبدل به إن تلف اتبع الشرط، ويجوز للمستوفى، وهو المستأجر، أن يبدل بنفسه، فإن استأجر ليركب هو أركب من هو مثله أو دونه سمنًا أو نحافة، كما يجوز أن يؤجر ما استأجره، وكذلك الثوب يلبسه من هو مثله، والدار يسكنها مثله فى الضرر وفى أكثر[2] كالحداد والقصار ونحوه، وله أن يبدل بالمستوفى به كالثوب الذى استؤجر الخياط بخياطته يبدله بثوب مثله، وكذلك الطفل الذى يستوفى به الرضاع يبدله به وغيره، وإن لم يكن تلف على الأصح، ولا تنفسخ الإجارة بتلفه على الأصح، وإذا استأجر دابة لحمل قطن، فله أن يبدل بالصوف ونحوه، أو حديدا فله أن يبدل به الرصاص ونحوه، فأما المستوفى منه، وهو العين المستوفى منفعتها، فإن كانت الإجارة على عينها كأجرتك هذه الدابة، لم يجز[3] الإبدال بها، وإن تلفت انفسخ العقد، وإن [كانت الإجارة فى الذمة، ولكنه عين له دابة ليركبها اختص بها، ولا يجوز للمؤجر الإبدال بها على الأصح، فإن تلفت استحق الإبدال، وإن][4] حدث بها عيب فله الاستبدال.

وقوله فى الحاوى: وبدل الطعام للأكل والمستوفى والمستوفى به والمستوفى منه فى الذمة بالتلف والعيب، فيه أمران:

أحدهما: قوله: وبدل الطعام، اللغة الفصيحة تقتضى أن دخول الباء إنما يكون على المتروك من مفعولى فعل الإبدال، قال الله تعالى: ﴿وَبَدَّلْنَٰهُم بِجَنَّتَيْهِمْ جَنَّتَيْنِ﴾ [سبأ: ١٦]، ولكنه قد ورد فى الكتاب وفى كلام بعض العرب.

الثانى: قوله: والمستوفى والمستوفى منه فى الذمة بالتلف إلى آخر قوله: بالتلف والعيب، فأوهم أنه راجع إلى جميع ما قبله، وهو مختص بالأجير[5]، وهو المستوفى منه

---

(١) فى ط: نصف المدة رجع بربع المسمى إن كانت أجرة مدة الرضاع.
(٢) فى ط: لا أكثر.
(٣) فى ط: لم يجب.
(٤) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٥) فى ط: بالأخير.

خاصة.

وقوله: ونزع لنوم ليل قميص ونهار، ولخلوة فوقانى، ويرتدى بهما ولا يتزر.

أى: وإذا استأجر قميصًا وجب عليه أن ينزعه للنوم بالليل؛ لأنه جرت العادة بنزعه فيه، أما النوم فيه نهارًا فمعتاد، ولا يختص بالقيلولة؛ لأنه لا يطول فى العادة، ولكن إذا كان فوقانيًا، فإنه ينزعه للنوم ليلاً كان ونهارًا، فينزعه إذا خلا كما هو معتاد، ويجوز أن يرتدى بالقميص والفوقانى، ولا يتزر بهما؛ لأن الارتداء أخف من اللبس والاتزار أضر.

وقوله فى الحاوى: ونزع الملبوس إن نام والفوقانى بالقيلولة والخلوة، فيه أمران:

أحدهما: أن قوله: والملبوس، يدخل فيه الإزار[1]، ولو استأجر إزارًا لم يلزمه نزعه لنوم.

الثانى: تخصيص القيلولة وهو ممنوع من النوم فيه مطلقًا من غير تقييد بالقيلولة، وله النوم فى القميص بالنهار كالعادة ساعة أو ساعتين.

وقوله: وكوديع أجير، وحمامى وكذا مستأجر، ولو بعد مدته، أو إمكان استيفاء، وتقرر به أجر، وإن لم يستوف ولو من حر وما فى ذمة.

أى: والأجير أمين كالمودع فلا يضمن ما استؤجر عليه، سواء كان منفردًا باليد أم لا، وسواء كان مشتركًا أم لا، فإذا استأجرت رجلاً ليخيط لك، أو يعمل لك عملاً عندك، فهذا لا يضمن قطعًا، وإن انفرد باليد، فإما أن يكون مشتركًا بين الناس؛ تقبل أعمالهم كالصباغ والحداد والخياط، ففيه طريقان، قيل: لا يضمن قطعًا، وقيل: فيه قولان أظهرهما لا يضمن، وإن لم يكن مشتركًا فكذلك على المذهب، وأما الحمامى فالأصح أن الذى يأخذه أجرة الحمام والسطل والإزار، وحفظ الثياب، فهو مؤجر وأجير، ولا ضمان عليه على الأصح، وكذا المستأجر لا ضمان عليه على الأصح، وكذلك المستأجر لا ضمان عليه فى العين التى يأخذها لاستيفاء المنفعة منها؛ لأنه مستحق للمنفعة، ولا يمكن استيفاؤها إلا بإثبات يده على العين، فكانت أمانة عنده، كالنخلة التى يأخذها لاستيفاء المنفعة منها؛ لأنه مستحق للمنفعة وهى الثمرة التى اشتراها، ولا يكون كالزق الذى قبض فيه سمنًا، اشتراه حيث يكون مضمونًا عليه على الأصح؛ لأنه أخذه لمصلحة نفسه، ولا ضرورة إلى قبض الثمن فيه، فيد المستأجر يد أمانة، فى مدة الإجارة وبعد انقضائها، إن كانت مقدرة بالزمان، أو بمضى إمكان مدة العمل إن كانت مقدرة بالعمل وهذا على قولنا: إن رد العين

---

(١) فى ط: الاتزار.

المستأجرة بعد انقضاء المدة لا يلزم المستأجر وهو الأصح. ثم بمضى المدة أو مدة إمكان العمل، تستقر الأجرة على المستأجر فى الإجارة الصحيحة بالتخلية، وأجرة المثل إن قبض فى الإجارة الفاسدة، فإنه ليس على المؤجر إلا التمكين من الاستيفاء حتى لو سلم الحر المستأجر نفسه ولم يستوف المستأجر منه العمل الذى استأجره له، والذى لزم ذمته حتى مضت المدة أو مدة إمكان العمل، استقرت أجرته على الأصح، والأصح: أنه لا يجوز لمن استأجر حرًّا أن يؤجره لاستيفاء المنفعة منه.

وقوله: وضمن تلفا إن انهدم عليه بحبس وقت سير.

أى: وإذا اكترى دابة ليركبها فأخر الركوب عن وقته، وأدخلها بيتًا فانهدم عليها ضمن، وكذلك إذا أتلفها فيه حية أو صاعقة؛ لأنه مقصر بترك الركوب بخلاف ما إذا ماتت بلا سبب أو بسبب لا يعد مقصرًا فيه.

وقوله: أو تعدى كأن حمل برًّا عن شعير، وكذا عكسه لا كيلاً.

أى: ويضمن المكترى إذا تعدى كما لو ضرب الدابة أو كبحها فوق العادة، والمراد عادة المستأجر لا الرائض، فإنه يحمل له ما اكترى، فإن ضربها الضرب المعتاد لم يضمنها إن ماتت فيه، بخلاف الزوج والمعلم يضرب الزوجة والصبى؛ لأن تأديبهما من غير ضرب ممكن، ومن صور التعدى أن يستأجر دابة ليحمل عليها مائة، من البر فحمل عليها مائة من الشعير فإنه يضمن الدابة، وكذلك عكسه؛ لأن البر أثقل، فيجتمع ثقله فى موضع واحد، والشعير أخف فيأخذ من ظهر الدابة أكثر، وكذلك إذا استأجرها لحمل مائة قفيز من الشعير فحملها من البر لزيادة ثقل البر، إلا إذا استأجر لحمل مائة قفيز من البر فحمل مائة قفيز من الشعير؛ لأنه أخف.

وقوله: وأجر مثل لزائد، ومدة غرس بدل زرع، وكذا ذرة بدل بر، أو قسط مسمى بأرش أرض لا تلفها بحاجة وقلعا.

أى: إذا زاد المستأجر على المشروط زيادة فوق ما تقع بتفاوت الكيل ضمن أجرة مثل الزيادة، كما إذا كان المحمول عشرة آصع فحمل أحد عشر، فإن كاله أجنبى وحمله بلا إذن فعليه الأجرة للزيادة، والرد إلى الموضع الذى حمل منه، وإن عدل عن الجنس المشروط إلى غيره كما استأجر للزرع فغرس أو للغرس فبنى لم يجز؛ لأنه بدل بالمشروط ما هوأضر منه، بخلاف ما إذا عكس، وقد بينا ذلك فى العارية، فإن لم يطالب المالك حتى مضت مدة فله أجر مثل تلك المدة مع القلع، فإذا بدل بنوع نوعًا آخر أضر منه مثل أن يبدل منه ببر

ذرة، فالحكم كذلك يقلع ويستحق لما مضى أجر مثل الذرة، ولكنه هاهنا يخير بين أجر مثل الذرة وبين القسط من المسمى مع أرش نقص للأرض بزرع الذرة.

ولا يضمن الأرض إن تلفت بجائحة؛ لأن هذا العدول لا يلحق يده فى الأرض بيد الغاصب، وهذا كالمستثنى من إطلاق قوله: وضمن إن تعدى.

وقوله فى الحاوى: وأجر المثل إن بدل الزرع بالغرس وخير بينه وبين المسمى والأرش إن أبدل البر بالذرة، والقلع حالا، فيه أمور:

أحدها: أنه قضى بإيجاب أجر المثل إذا أبدل الزرع بالغرس، ولم يذكر أنه يقلع؛ لأن قوله: والقلع مجرور عطفا على الضمير فى بينه.

الثانى: أن القونوى فى شرحه قال: تقدير كلامه وخير بين أجرة المثل وبين المسمى والأرش إن تخاصما بعد الحصاد، وبين المذكور والقلع إن تخاصما قبله، ولا يخفى ما فى هذا التقدير من تحميل الكلام[١] ما ليس فى قوله.

الثالث: أن قوله: وخير بين أجرة المثل وبين المسمى والأرش والقلع حالا، سياق كلامه يقتضى بأن المخير هو المستأجر؛ لأنه قال: وضمن أجرة المثل وخير، وليس كذلك، بل المخير هو المؤجر.

الرابع: أن البارزى قال: يخير بين أجرة المثل لزراعة الذرة وبين المسمى وأرش ما نقص من الأرض بسبب زراعة الذرة وبين القلع فى الحال، وكذلك فى التعليقة وابن النحوى، وليس كذلك؛ لأنا لو قلنا: إن المؤجر يخير بين الخصال الثلاث لأجبر المستأجر على ما اختاره المؤجر منها، والمستأجر لا يخير على إبقاء المدة[٢] بأجرة المثل بل له أن يقلع[٣] ويزرع البر إن أمكن، ولم يعبرا هكذا فى العزيز والروضة، بل قالا: إن لم يتخاصما حتى انقضت المدة خير بين المسمى والأرش وأجرة المثل [، وإن تخاصما قبل انقضائها قلع وخير بين القسط، والأرش وبين أجرة المثل، وذلك ظاهر][٤].

الخامس: أن قوله: يخير بين أجرة المثل وبين المسمى بالأرش وبين القلع، يقتضى أنه اختار القلع لم يلزم المستأجر شىء، وليس كذلك، بل يلزمه قسط المدة[٥] كما ذكرناه.

السادس: أن إطلاقه وجوب الضمان إذا تعدى بالعدول يقتضى أن الأرض إذا تلفت

(١) فى ط: تحمل الكلام.
(٢) فى ط: إبقاء الذرة.
(٣) فى ط: بدل أن يقلع.
(٤) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٥) فى ط: قسطًا بمدة.

بجائحة سماوية ضمنها، والمذكور فى الروضة من زياداته أنه لا يضمنها على الأصح.

السابع: أن قوله: وإن أبدل الزرع بالغرس والبر بالذرة، جاز على عادته بإلحاق الباء بالمأخوذ من مفعولى فعل الإبدال، وقد بينا أن اللغة الفصيحة خلافه.

وقوله: وإن حمل هو أو مكر، غره زائدا، أو انفرد فتلفت ضمن أو به مع ربها، ضمن بقسط كجلاد زاد.

أى: اعلم أنه قد بين أنه إذا تعدى وحمل على الدابة أكثر مما شرط وانفرد، ضمن الدابة، سواء تلفت بالحمل أو بغيره؛ لأن يده بالتعدى غاصبة وتلزمه أجرة مثل الزائد، وهذا إذا انفرد باليد، فإذا حمل الزائد المكرى وقد غره كما إذا قال: هذه عشرة آصع وهى أحد عشر صاعًا مثلا، أو حمله المستأجر والمكرى معه، فتلفت الدابة بالحمل - لزم المستأجر قسط الزائد من الضمان؛ لأن الدابة فى يد مالكها، وضمانه ضمان الجناية، كما يضمن الجلاد إذا زاد فى الحد [ومات][1] من الجلد، فسقط[2] ما زاد على الأصح فيهما.

ولو ماتت الدابة بسبب غير الحمل، لم يضمن سوى أجرة مثل ما زاد، بخلاف ما إذا انفرد باليد فإنه يضمن الكل، وإن لم يعره[3] المستأجر، بل حمله المكرى والمستأجر ساكت، لم يضمن سواء علم الزائد أم لا، بل على المكرى أن يرد الزائد.

وقوله فى الحاوى: وإن حمل المكرى زائدًا جاهلاً، مقتضاه أنه مجرد الجهل يوجب ضمان القسط، وليس كذلك، بل ذلك إذا حصل مع الجهل تغرير من المالك بأن قال: هنا عشرة آصع وكان أحد عشر، أما إذا كان مالك أحد عشر فحمل المكرى من غير غرر منه، لم يضمن، وإن رآه يحملها وسكت، كما لو كالها المكرى لنفسه وغلط، بل يجب عليه رد الزائد؛ لأنه حمله بلا إذن، وإن لم يرض صاحبه بزيادة لم يجز له رده.

وقوله: ولا أجر دون شرطه، كتحمم، بإذن.

أى: ومن أعطى خياطًا ثوبًا فخاطه، أو غسالاً ثوبًا فغسله، ولم يشرط له أجرة ولا اشترطها هو عليه، لم يستحق شيئًا على الأصح، سواء كان يعتاد أخذ الأجرة أم لا، وسواء قال له: اغسل لى هذا الثوب أو خطه، أو قال الأجير: أنا أغسله لك أو أخيطه لك.

فإذا اشترط أجرًا وكان بعقد صحيح تعين، أو فاسدًا فأجر مثل.

ولو أذن له فى دخول الحمام أو ركوب السفينة بلا شرط أجرة، لم يلزمه شىء.

---

(١) سقط فى ط.

(٢) فى ط: قسط.

(٣) فى أ: لم يعيره.

وقوله فى الحاوى: لا إن دخل الحمام، محمول على ما إذا دخل بغير إذن؛ لأنه استوفى منفعة الحمام، كما لو ركب السفينة بلا إذن، بخلاف ما إذا كان ذلك بإذن؛ لأنه إباحة، وعلى هذا حمل الرافعى فى الشرح الصغير إطلاقهم إيجاب الضمان على داخل الحمام، وقال: لا فرق بينه وبين راكب السفينة، وقد صححوا أن راكب السفينة بالإذن لا شىء عليه.

وقوله: وإن خاط قباء، فقال: أمرتك بقميص، حلف ووجب أرش ولا أجرة.

أى: وإذا أعطى خياطًا ثوبًا ليخيطه له، فخاطه قباء، فقال المالك: إنما أمرتك أن تخيطه قميصًا، وقال الخياط: بل أمرتنى أن أخيطه [قباء][1]، فالقول قول المالك؛ لأنهما لو اختلفا فى الإذن كان القول قول المالك، وكذلك إذا اختلفا فى كيفيته.

وإذا حلف المالك لزم الخياط الأرش، وهل هو ما بين قيمته صحيحًا، ومقطوعًا؟ أو ما بين قيمته مقطوعًا قميصًا ومقطوعًا قباء؟ فوجهان لم يصحح منهما شىء فى العزيز والروضة، نعم نقل الأذرعى أن الفارقى[2] صحح أنه يجب الأرش ما بين قيمته صحيحًا، وقيمته مقطوعًا قباء، قال: وضعف ضده ابن الصباغ، وغيره. وقال فى المهمات: إن الذى صححه الإمام وابن عصرون[3] هو الأول، وصححه هو أيضًا، وقال القونوى فى شرحه: يلزم ما بين قيمته قباء، وقميصًا، لا ما بين قيمته غير مفصل؛ لأن أصل التفصيل مأذون فيه، وهذا وهم منه فى النقل إلا أن يكون سقط من نسخته شىء.

وقوله: وتنفسخ بقسط فى عينيه، بتلف معقود عليه، ولو أجير حج إن أحرم وبحيلولة إن قدر بمدة.

---

(١) سقط فى ط.

(٢) هو عبد الله بن مروان بن عبد الله الشيخ زين الدين، أبو محمد الفارقى، ولد فى المحرم سنة ثلاث وثلاثين وستمائة، وهو خطيب دمشق، وشيخ دار الحديث، قال ابن كثير: سمع الحديث الكثير، وأشغل، ودرس في عدة مدارس، وأفتى مدة طويلة، توفى فى صفر سنة ثلاث وسبعمائة.
تنظر ترجمته في: طبقات ابن قاضى شهبة (٢/ ٢١٥)، طبقات السبكى (١٠/ ٤٤).

(٣) هو عبد الله بن محمد بن هبة الله بن المطهر بن علي بن أبي عصرون، قاضي القضاة شرف الدين، أبو سعد، التميمى، الموصلى، ثم الدمشقى، مولده فى ربيع الأول سنة اثنتين - وقيل: ثلاث - وتسعين وأربعمائة، قال ابن الصلاح فى طبقاته: كان من أفقه أهل عصره، وإليه المنتهى في الفتاوى والأحكام، وتفقه به خلق كثير، ومن تصانيفه: (الانتصار) و(صفوة المذهب فى اختصار نهاية المطلب)، و(فوائد المهذب)، وغير ذلك، توفى بدمشق في شهر رمضان سنة خمس وثمانين وخمسمائة.
تنظر ترجمته فى: طبقات ابن قاضى شهبة (٢/ ٢٧)، طبقات السبكى (٧/ ١٣٢).

أى: وتنفسخ الإجارة إن كانت عينية، بتلف العين المعقود عليها كالدار والدابة، فإن لم تمض مدة لها أجرة انفسخت من أصلها، فإن مضت مدة لها أجرة انفسخت فى الباقى لا فى الماضى على الأصح، ووجب قسطه من المسمى باعتبار قيمة المنفعة؛ لأنها قد تختلف، وإن استوى الزمانان، وقد بطلت فى أجرة المدة فتزيد وقد تكسد فتنقص، فلو كانت مدة الإجارة سنة وقد مضى ستة أشهر، ولكن الأجرة فيها ضعف أجرة المثل فى المدة الباقية، وجب من المسمى ثلثاه وإن كان بالعكس فثلثه، وإن كانت الإجارة فى الذمة لم تنفسخ بموت الأجير، وتلف العين المعينة لما فى الذمة، بل يستأجر من تركة الميت، ويبدل المؤجر بالعين التالفة غيرها، ويجب القسط للأجير المعين فى الحج إذا أحرم به ثم مات، ويحتسب له المسافة على الأصح، وإن مات قبل الإحرام لم يستحق للمسافة شيئا، وإن ألزم الحج ذمته ثم مات الأجير، فلوارثه أن يستأنف الحج عنه فى عامه، إن أمكن، وإلا يثبت للمستأجر الخيار، وكذا إذا أحيل بين المستأجر وبين العين المستأجرة، والإجارة مقدرة بالمدة، فإنها تنفسخ بقسط ما مضى شيئًا فشيئًا، سواء حال بينه وبينها المالك، أو غيره من غاصب ونحوه، والله أعلم.

وقوله: لا يموت عاقد، إلا بطن وقف، ولا أن بلغ أجير باحتلام أو عتق، ولا خيار ولا رجوع للعبد ونفقته فى بيت المال.

أى: ولا تنفسخ الإجارة بموت العاقد مستأجرًا كان أو مؤجرًا، إلا الأجير المعين، فإنه وإن كان عاقدًا فهو معقود عليه، فإن مات المستأجر استوفى وارثه المنفعة، وإن مات المؤجر تركت العين عند المستأجر حتى يستوفى منفعته، فإن كان فى الذمة استؤجر من التركة، فإن لم تكن تركة فللوارث أن يوفيه، ويستحق الأجرة، وإن لم يرد الوارث[١] - وإن كان فى الذمة - فللمستأجر فسخ الإجارة، وأما إذا عقد بطن الأول إجارة الوقف ثم مات فإنها تنفسخ، هذه عبارة الجمهور، وقال الإمام: التعبير، تبطل؛ لأنا بينا بطلانها فى هذه المدة، وأنها لم تنعقد، فكيف يقال: إنها تنفسخ، وإذا بطلت فى هذه المدة ففى الماضية قولان: تفريق الصفقة، وإن أجر الولى الصبى مدة فبلغ فيها بالسن، بطل فيما زاد على مدة الصبا[٢]، وإن كان لا يبلغ فيها بالسن فبلغ فيها بالاحتلام لم تنفسخ؛ لأنه عقد وهو ولى يعمل بالمصلحة، فنفذ، كما إذا زوج الصبية ثم بلغت، وكذا السيد إذا أجر عبده [مدة][٣]

(١) فى ط: رد الوارث.
(٢) فى ط: على المدة للصبى.
(٣) سقط فى ط.

ثم أعتقه لم تنفسخ الإجارة؛ لأن السيد قد يزال ملكه عن المنفعة مدة الإجارة، فإعتاقه إنما يتناول ما يملك، ولا يثبت للصبى ببلوغه ولا للعبد بعتقه خيار؛ لأن التصرف فيهما صادف محله، والعقد لازم، وليس للعبد الرجوع على سيده، على الأصح، ونفقته على بيت المال لا على السيد على الأصح

وقوله: وخير بنقص وانقطاع ماء البئر شرب، وغصب وإباق، لا إن تدارك فورا.

أى: ويثبت للمستأجر الخيار، إن نقصت العين المستأجرة نقصًا تتفاوت به الأجرة كمرض العبد والدابة وانقطاع ماء البئر، وانهدام الجدار وانقطاع شرب الأرض، كما إذا أبق العبد المستأجر أو غصب[1] الدابة المستأجرة، أو ندت الدابة، فإن بادر المكرى إلى إصلاح ما يمكن إصلاحه وإلى انتزاع المغصوب ورد الآبق والماء إلى الأرض فى مدة قريبة، سقط الخيار، ويثبت له الخيار بما ذكر سواء كانت الإجارة مقدرة بالمدة أو بالعمل، بخلاف ما إذا حبسها المؤجر، فإنه لا خيار له، إلا إذا كانت الإجارة مقدرة بالمدة فإنها تنفسخ على المنصوص بمضى المدة شيئًا فشيئًا فتفرقت عليه الصفقة.

وقد اعترض ابن النحوى على الحاوى فقال: قوله: وخير إن نقص أو غصب أو أبق، فيه أمران:

أحدهما: أنه أراد إذا أبق والمدة باقية، فإن مضت تنفسخ.

الثانى: أن الذى أجاب به الأصحاب، ونص عليه الشافعى فى الغصب: الانفساخ، وكذلك هو فى الرافعى، فما جزم به المصنف مخالف، انتهى، فمقتضى كلامه، أنه ينفسخ بالغصب قبل مضى المدة وبالإباق بعد مضيها، ونقله عن الرافعى، والذى فى الرافعى أنهما سواء لا ينفسخ فيهما قبل مضى المدة وبعدها تنفسخ على المنصوص، وهكذا هو فى الحاوى، فإنه قال: أولا وحبسه غير المكترى وقدرت المدة تنفسخ بقسطه، فإنه أخبر أنه يحبس غير المكترى، ينفسخ بمضى المدة مقسطا، ويخير إن نقص إلى آخره، يعنى قبل مضى المدة فلا اعتراض عليه، أما إذا كانت الإجارة على العمل، فإنها لا تنفسخ حتى يفسخ.

وقوله: ولا يحبس مكر لم يقدر بمدة، ولا بمرض مكتر وفساد زرعه.

أى: ولا خيار إذا حبس المالك العين وماطل بها، وهذا إذا كانت الإجارة مقدرة بالعمل، بل يطالبه بذلك أى وقت شاء، أما إذا حبسها[2] فى المدة المقدرة فقد بينا أنها تنفسخ شيئًا فشيئًا، فيثبت الخيار لتفريق الصفقة، وكذلك إذا مرض المكترى أو بدا له عذر

(١) فى ط: غُصِبَتْ.
(٢) فى ط: حُبِس.

فى السفر لم يكن له أن يفسخ، بل يركب مثله، وإذا زرع فى المستأجرة وفسد زرعه بجائحة لم يكن له فسخ، ولا يلزم المؤجر أن يحط له شيئًا؛ لأن الجائحة لحقت زرعه دون الأرض، فهو كما لو تلف متاعه الذى استأجر له الدكان لا تنفسخ به الإجارة.

وقوله: ولا يخاصم مستأجر ومرتهن غاصبًا، كمستعير ووديع.

أى: وإذا غصبت العين المستأجرة أو المرهونة، لم يكن للمستأجر ولا للمرتهن مخاصمة الغاصب فيهما، وإن كان لهما فيهما حق؛ لأن الإنسان لا يثبت الملك لغيره بغير إذنه، ورأى الإمام والغزالى أن مخاصمتهما أقيس وتبعهما صاحب الحاوى، والمذهب الذى نص عليه الشافعى أنه لا يجوز، كما لا يجوز للمودع والمستعير.

* * *

الجعالة(١)

وقوله: باب صحة جعالة، بالتزام ولو من أجنبى جعلًا معلومًا، قبض أم لا.

أى: إنما تصح الجعالة بالتزام جعل معلوم، ولابد فى ذلك من صيغة(٢) تدل على الإذن فى العمل بالجعل، كقوله: من رد عبدى الآبق أو دابتى الضالة فله كذا؛ لقوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ﴾ [يوسف: ٧٢]. فمن رد ضالة إنسان ولم يلتزم له فى ردها شيئًا لم يستحق شيئًا، وكذلك إذا التزم لشخص فرده غيره، ويشترط كون الجعل معلومًا؛ لأنه لا حاجة إلى احتمال الجهالة فيه، وإنما احتملت فى العمل للحاجة، وقد يستثنى مسألة العلج الدال على قلعة يحاربه منها.

وإذا اشترطنا أن يكون معلومًا فلا يشترط أن يكون مقبوضًا كالإجارة؛ وذلك لأنها عقد لازم لأجير، وهذا لا يلزمه. وليس العلم بالجعل(٣) شرطًا للاستحقاق بالعمل، بل هو شرط لاستحقاق المسمى، وإلا فهو يستحق بالمجهول أجرة المثل، وسواء التزم هذا الجعل المالك أو أجنبى، فقول(٤) الأجنبى: من رد عبد فلان عليه فله علىَّ كذا صحيح،

---

(١) الجُعْل بالضم الأجر، يقال: جعلت له جعلا، والجعالة بكسر الجيم وبعضهم يحكى التثليث اسم لما يجعل للإنسان على فعل شيء. والجعيلة مثال كريمة، لغة فى الجعل. وعرفها المالكية: بأن يجعل الرجل للرجل أجرا معلوما، ولا ينقده إياه على أن يعمل له فى زمن معلوم أو مجهول، مما فيه منفعة للجاعل، على أنه إن أكمل العمل كان له الجعل، وإن لم يتمه فلا شيء له، مما لا منفعة فيه للجاعل إلا بعد تمامه. وعرفها الشافعية: بأنها التزام عوض معلوم على عمل معين معلوم، أو مجهول يعسر ضبطه. وعرفها الحنابلة: بأنها تسمية مال معلوم لمن يعمل للجاعل عملا مباحا ولو كان مجهولا أو لمن يعمل له مدة ولو كانت مجهولة.

(٢) الصيغة عند القائلين بالجعالة هى كل لفظ دال على الإذن فى العمل بعوض معلوم، مقصود وملتزم، سواء أكان الإذن عاما لكل من سمعه أو علم به، مثل أن يقول الجاعل: من رد ضالتى أو ضالة فلان فله كذا، أم كان الإذن خاصا بشخص معين مثل أن يقول له: إن رددت ضالتى فلك كذا؛ لأنها عقد معاوضة فيحتاج إلى صيغة تدل على المطلوب وقدر المبذول عوضا كالإجارة، والأخرس تكفى إشارته المفهمة لذلك. وأما الناطق إذا كتب ذلك ونواه فإنه يصح منه ولا يشترط فى الصيغة قبول العامل لفظا وإن عينه؛ لما فيه من التضييق فى محل الحاجة بل يكفى العمل منه، وكذا لا يشترط حضور العامل وقت إيجاب الجاعل وإعلانه. ولا تشترط أيضا المطابقة بين الإيجاب والقبول، فلو قال الجاعل: إن رددت ضالتى فلك دينار، فقال العامل: أردها بنصف دينار، فالراجح القطع باستحقاقه للدينار؛ لأن القبول لا أثر له فى الجعالة، قال هذا الجوينى، وذكر القمولى نحوه. إلا أن الحنابلة يستثنون من ذلك حالتين لا يشترط فيهما صدور ما يدل على الإذن والالتزام من المالك أو الجاعل: الأولى: رد العبد الآبق إن كان الراد له غير الإمام. الثانية: تخليص الشخص متاع غيره من مكان يظن هلاكه، أو تلفه على مالكه فى تركه فيه. وقال المالكية: لا يشترط إيقاع العقد من الجانبين فى حالة ما إذا أتى بالضالة أو الآبق من اعتاد طلب الضوال والإباق وردها إلى أصحابها بعوض فيستحق وإن لم يقع من صاحبها التزام.

(٣) فى ط: والجهل.

(٤) فى ط: فيقول.

فإذا رده على مالكه استحق على الأجنبى.

وقوله: وفى عمل جهل لعسر، أو علم بلا توقيت.

أى: وصحتها بالتزام الجعل لمن يعمل عملاً، إما مجهولاً لعسر العلم به كرد العبد الآبق والضال، فإنا لو ألزمناه البحث أولاً عن مكانه، فإذا علمه التزم لمن رده من الموضع الفلانى كذا - لشق، فاحتملت هذه الجعالة مع الجهل للحاجة، و أما ما يسهل ضبطه مما لا تصح[1] الإجارة عليه، فيضبط، وهل يجوز عقد الجعالة [عليه؟ وجهان:][2] الأصح الجواز؛ لأنها إذا صحت فيما لا تجوز الإجارة فيه، فلأن تصح فيما تجوز الإجارة فيه أولى[3].

---

(١) فى ط: مما تصح.

(٢) فى ط: عقد الإجارة.

(٣) قال الشافعية والحنابلة: يشترط فى العمل المتعاقد عليه فى عقد الجعالة أن يكون مما فيه تعب ومشقة أو مؤنة، كرد آبق، أو ضالة، أو دلالة على شىء من غير من بيده الشىء، أو إخبار عن شىء بشرط أن يكون فيه تعب، وأن يكون المخبر صادقًا فى إخباره، وأن يكون للمستخبر غرض فى المخبر به. وقيد الأذرعى هذا: بما إذا كانت المشقة حادثة بعد عقد الجعالة، فإن كانت قبله فلا عبرة بها لأنها محض تبرع حينئذ. ولم يشترط المالكية هذا الشرط، بل اتفقوا على جواز الجعالة فى الشىء اليسير، واختلفوا فى غيره، قال القاضى عبد الوهاب وغيره: إنها تجوز فى الشىء اليسير دون غيره، والراجح أنها تجوز فى كل ما لا يكون للجاعل فيه منفعة إلا بتمامه سواء أكان يسيرا أم غير يسير، وهو المذهب.

ويصح عقد الجعالة على كل عمل مجهول يتعذر ضبطه ووصفه بحيث لا تصح الإجارة عليه، كرد ضالة مثلا؛ لأن الجهالة إذا احتملت فى المضاربة توصلا إلى الربح الزائد من غير ضرورة، فاحتمالها فى الجعالة توصلا إلى أصل المال اضطرارا أولى، فإن كان لا يتعذر ضبطه فلا بد من ضبطه ووصفه، إذ لا حاجة لاحتمال جهالته، ففى بناء حائط مثلا يذكر موضعه وطوله وعرضه وارتفاعه وما يبنى به.

وكذلك يصح عقد الجعالة على عمل معلوم تصح الإجارة عليه - كقول الجاعل: من رد ضالتى من موضع كذا أو خياطة موصوفة - على الراجح؛ لأنها إذا جازت مع جهالة العمل فمع معلوميته أولى. وبمثل هذا كله قال الحنابلة، إلا أن الحنابلة: يرون عدم صحة الجعالة مطلقا على مداواة المريض حتى الشفاء لأنه مجهول لا يمكن ضبطه. وقال المالكية: العمل المجاعل عليه أنواع:

فبعضه تصح فيه الجعالة والإجارة وهو كثير، ولا يشترط فيه أن يكون مجهولا، وذلك كأن يتعاقدا على بيع سلع قليلة وشراء السلع القليلة والكثيرة، واقتضاء الديون، وحفر البئر فى أرض مباحة للعامة؛ لأنهما إن تعاقدا على مقدار مخصوص من الأذرع كان إجارة، وإن تعاقدا على ظهور الماء فى البئر كان جعالة.

وبعضه تصح فيه الجعالة دون الإجارة، وذلك كأن يتعاقدا على الإتيان بالبعير الشارد، أو العبد الآبق ونحوهما من كل ما يكون العمل فيه مجهولا، فتشترط الجهالة بالعمل هنا تحصيلا لمصلحة العقد؛ لأن معلوميته للمتعاقدين أو لأحدهما توجب الغرر فيه، كأن لا يجد البعير الشارد مثلا فى المكان المعلوم المتعاقد على الإتيان به منه فيذهب عمله مجانا وتضيع مصلحة العقد.

وبعضه تصح فيه الإجارة دون الجعالة وهو كثير أيضا، كأن يتعاقدا على عمل فى أرض مملوكة للجاعل كحفر بئر مثلا، وكذا التعاقد على خياطة ثوب أو خدمة شهر، أو بيع سلع كثيرة، وما أشبه =

[وقوله فى الحاوى: ومجهول، ليس على إطلاقه بل يحمل على مجهول يفسر العلم به، وقد صرح به ابن الرفعة فى كفايته ومطلبه. وقال ابن النحوى: إن الرافعى أطلق الجواز فى المجهول وتبعه النووى، وليس كما قال، بل قالا: ما لا تجوز الإجارة عليه من الأعمال، لكونه مجهول لا تجوز الجعالة عليه؛ لأن المسافة رد الآبق قد لا تعرف فاحتملت الجهالة للحاجة، فصرح بأن الجهالة إنما احتملت للحاجة فعلمت أن مراده ما لا يمكن الإجارة عليه.

ثم قال: وأما ما تجوز الإجارة عليه، فهل تجوز الجعالة عليه؟ وجهان، وصحح الجواز، ولا يخفى أن مراده ما يمكن فيه الإجارة وهو ما انضبط، فلو كان الرافعى مجوزًا للجعالة على المجهول مطلقًا وعلى المعلوم على أحد الوجهين، للزمه أن يقطع بصحة الجعالة، فيما إذا قال: من بنى لى جدارًا فله كذا وأطلق للجهالة، وان يجعل الخلاف فيما إذا قال: من بنى لى جدارًا طوله كذا وعرضه كذا وسمكه كذا، وهذا لا يقوله أحد، فتعين أن ما قاله الرافعى هو عين ما قاله ابن الرفعة.

ولا يجوز توقيتها؛ لما فيه من الجمع بين التقدير بالعمل والزمان، وقد سبق منع ذلك فى الإجارة، فاكتفى به فى الحاوى ولا بأس بإعادته][(١)].

وقوله: وجب لسامع ومعين بفراغ وهى جائزة تغير.

أى: هذا الجعل إنما يجب لمن عمل بعد ما سمع بالنداء العام[(٢)] وتعيينه بذلك، ثم فرغ من العمل، فإن فرغ منه ولم يسمع بالنداء، أو سمع ولم يتم عمله، لم يستحق جعلاً، حتى لو رد الآبق إلى باب سيده، ثم مات العبد أو غصب لم يستحق شيئا.

والجعالة جائزة لا تلزم قبل فراغ العمل، فيجوز تغيير الجعل بالزيادة والنقص، والتغيير بالجنس والفسخ قبل الفراغ من العمل، ويؤثر التغيير فيه إما قبل[(٣)] العمل، فإن فسخ بطلت، وإن غيره فالعبرة بالتزام الأجير، وإن عمل ولم يسمع إلا بالأول فله حكم الوكيل، يتصرف قبل علم العزل، والأصح: أنه كمن علم فيستحق أجر المثل، نقله القمولى فى الجواهر، والأذرعى فى شرح المنهاج عن البسيط.

وقوله: فإن فسخ أو نقص أو زاد، فأجر مثل لما عمل قبل ولو فى[(٤)] جعل فاسد يقصد

= ذلك مما يبقى للجاعل فيه منفعة إن لم يتم العامل العمل.

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) فى ط: العلم.

(٣) فى ط: فيه لما قبل.

(٤) فى ط: أو فى.

أى: وإذا نقص الملتزم للجعل من الجعل بعد الشروع [فى العمل][١] أو زاد فيه بأن قال: من رد عبدى فله عشرة، فشرع رجل فى السعى لرده ثم نادى بعد السعى بنقص أو زيادة [للنداء الأول][٢]، كان فسخًا للنداء الأول، فإذا أحضر العبد استحق أجرة المثل، وكذلك إذا فسخ الملتزم وقد شرع العامل لم يكن عمله مجانًا، بل له أجرة المثل لما عمل؛ لأن الملتزم وشرطه[٣] فى العمل، وكذلك إذا كان الجعل فاسدًا إما مجهولًا أو نحو خمر أو نحو كلب فإنه تجب أجرة المثل، ولا يقال: إن الكلب أو الخمر غير متقوم، فهو وإن كان كذلك، إلا أنهما مقصودان، بخلاف الدم فإنه غير مقصود فلا يجب بدله، فإذا فسخ العامل لم يستحق شيئًا لما عمل.

وقوله: وينقص بنقص عمل، كأن رد من أقرب، أو أعين معين، لا له، أو مات ملتزم أو من علم.

أى: إذا جعل له جعلًا عن شىء يحصله بعمل أقل نقص من أجره بقدره، كما إذا شرط رده من بلد فرده من بلد أقرب، فله من المسمى قسطه، وكذلك إذا التزم لمعين فشاركه فى رده غيره، فإن قصد معاونته فلا أثر لها، وإن قصد به المالك لم يستحق عليه شيئًا، ولم يستحق من عين إلا نصف الجعل؛ لأنه عمل النصف فقط، وكذلك إذا مات الملتزم وقد قطع نصف[٤] المسافة ثم أوصله إلى الوارث، استحق قسط عمله، بخلاف ما إذا رد الآبق إلى بعض الطريق ثم مات الآبق، أو العامل؛ لأنه لم يتم العمل، ولو علم الصبى الملتزم الجعل فى تعليمه فمات فى أثناء العمل، وجب له قسط عمله، والفرق بينه وبين موت العبد: أن العمل وقع هنا مسلمًا، بخلافه فى العبد، ولو بنى بعض الجدار فانهدم، أو خاط بعض الثوب فاحترق فلا شىء له، هكذا قالوا، وقد يقال: إنه وقع مسلمًا.

وقوله: وحلف منكر موجبه.

أى: إذا تنازع المالك والعامل، فادعى العامل ما يستحق به الجعل، وأنكره المالك صدق المالك بيمينه، كما إذا قال: شرطت لى جعلا فأنكره، أو قال: شرطت الجعل فى رد هذا العبد الذى رددته فقال: بل شرطته برد الآخر، أو قال: أنا رددته، فقال المالك: ما رددته ولكنه جاء بنفسه، أو رده غيرك، فالقول قول المالك فى ذلك كله.

---

(١) سقط فى ط.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: ورّطه.
(٤) فى ط: بعض.

إحياء الموات[1]

وقوله: باب: يملك مسلم موات إسلام، لم يعمر فيه، وإن أعلم وأقطع بمعدن مجهول، وكل موات كفر لا مسلم إن حمى.

أى: اعلم أن الموات يملك بالإحياء[2]؛ لقوله ﷺ: «من أحيا أرضًا ميتة فهى له»[3]، ثم إذا كان المحيى مسلمًا جاز له أن يحيى كل موات بأرض الإسلام، إذا لم يوجد عليه أثر عمارة إسلامية، فإن وجد لم يجز إحياؤه وسواء كان العامر له مسلما أو ذميًا، وإن كانت العمارة جاهلية لم يؤثر على الأصح.

فإن لم يوجد عليه عمارة بل كان هناك متحجر لرجل[4] هم بإحيائه فأعلم عليه علامات، أو أقطعه إياه الإمام، فإنه يكون أحق بعمارة ما أعلم أو أقطع، لكن إذا جاء غيره وأحيا وهو عالم أو جاهل ملكه، وأبطل[5] اختصاص المتحجر، وإن ارتكب ما لا يجوز كما لو دخل فى سوم أخيه، وإذا ملك أرضًا بإحياء، ثم ظهر فيها معدن، كان مجهولًا ملكه تبعًا للأرض، سواء كان المعدن ظاهرًا كالنفط والملح أو باطنًا كمعدن الذهب والفضة؛ لأن من أحيا أرضًا ملكها بسائر[6] أجزائها، وما ذكره فى العزيز والروضة من أن المعدن الظاهر لا يملك بالإحياء، يعنى به ما كان قد ظهر، وعلم؛ لأنه صار مشتركًا بين الناس. وقال فى المهمات: محله إذا كان معلومًا، فإن لم يكن، ففى المطلب عند الإمام أنه لا يملكه

---

(١) الإحياء فى اللغة: جعل الشيء حيا، والموات: الأرض التى خلت من العمارة والسكان. وهى تسمية بالمصدر. وقيل: الموات الأرض التى لا مالك لها، ولا ينتفع بها أحد. وإحياء الموات فى الاصطلاح هو كما قال الأتقانى شارح الهداية: التسبب للحياة النامية ببناء أو غرس أو كرب - حراثة - أو سقى. وعرفه ابن عرفة بأنه لقب لتعمير داثر الأرض بما يقتضى عدم انصراف المعمر عن انتفاعه بها. وعرفه الشافعية بأنه عمارة الأرض الخربة التى لا مالك لها، ولا ينتفع بها أحد. وعرفه الحنابلة بأنه عمارة ما لم يجر عليه ملك لأحد، ولم يوجد فيه أثر عمارة.

وهو جائز؛ لقول النبى صلى الله عليه وسلم: «من أحيا أرضا ميتة فهى له». على أن الشافعية ذهبوا إلى أنه مستحب، للحديث الذى رواه النسائى: «من أحيا أرضا ميتة فله فيها أجر». وحكمة مشروعيته أنه سبب لزيادة الأقوات والخصب للأحياء.

(٢) ذهب الجمهور إلى أن المحيى يملك ما أحياه إذا توافرت الشروط، وذلك للحديث السابق، خلافا لبعض الحنفية، كالفقيه أبى القاسم أحمد البلخى، إذ قالوا: إنه يثبت ملك الاستغلال لا ملك الرقبة، قياسا على السبق للانتفاع بالمرافق العامة، كالمجالس، وخلافا لبعض الحنابلة الذين ذهبوا إلى أن الذمى لا يملك الإحياء فى دار الإسلام، إنما يملك الانتفاع.

(٣) أخرجه أبو داود (٣٠٧٣) والترمذى (١٣٧٨).

(٤) فى ط: كرجل.

(٥) فى ط: أو بطل.

(٦) فى ط: ملك سائر.

بالإجماع وأنه أصح الوجهين فى التهذيب للبغوى. وأما ما عدا ذلك فيملك، ذكره فى المهذب والتنبيه، والماوردى، ويدل عليه قوله فى العزيز والروضة: إذا باع أرضًا وفيها معدن ظاهر، كان له حكم الماء فى البئر فيجوز بيعه، فدل على أنه يملك عنده، وإن كان المعدن معلومًا لم يملك بالإحياء إن كان ظاهرًا كالنفط وأحجار الرحى والكبريت والقطران والقار، والمومياء قطعًا، وكذا إن كان باطنًا على الأصح، ولو أحيا بقعة لم يملكها على المذهب، كما ذكره فى العزيز والروضة، ونقله عن الإمام.

ويجوز للمسلم والكافر إحياء موات بلد الكفر(١)، ولكن إذا كان المحيى مسلمًا وكان ذلك فيما يذب الكفار عنه المسلمين، لم يملكه المسلم بالإحياء ويملكه [به](٢) الكافر.

وقوله فى الحاوى: موات الإسلام(٣) وإن عمر جاهلية، أو أعلم أو أقطع، يملكه

---

(١) فى ط: الكفار.

(٢) سقط فى ط.

(٣) الموات قسمان: أصلى وهو ما لم يعمر قط، وطارئ: وهو ما خرب بعد عمارته. والأراضى التى كانت جزائر وأنهارا: اتفق الفقهاء على أن الأنهار والجزائر ونحوهما إذا انحسر عنها الماء فصارت أرضا يابسة ترجع إلى ما كانت عليه. فإن كانت مملوكة لأحد أو وقفا أو مسجدا عادت إلى المالك أو الوقف أو المسجد، ولا يجوز إحياؤها، لكن قيد المالكية ذلك بما إذا كان المالك ملك الأرض بالشراء، فإن كان ملكها بالإحياء جاز للغير إحياؤها. واختلفوا فيما إذا لم تكن مملوكة لأحد أو لم يعرف للأرض مالك: فذهب الحنفية إلى أن النهر إذا كان بعيدا، بحيث لا يعود إليه الماء، تكون أرضه مواتا يجوز إحياؤها. وكذلك الحكم إذا كان النهر قريبا فى ظاهر الرواية، وهو الصحيح؛ لأن الموات اسم لما لا ينتفع به، فإذا لم يكن ملكا لأحد، ولا حقا خاصا له، لم يكن منتفعا به، فكان مواتا، بعيدا عن البلد، أو قريبا منها. وعلى رواية أبى يوسف رحمه الله تعالى - وهو قول الطحاوى الذى اعتمده شمس الأئمة - لا يكون مواتا إذا كان قريبا، وذلك لأن ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق أهلها عنه، فيدار الحكم عليه. وعند محمد يعتبر حقيقة الانتفاع، حتى لا يجوز إحياء ما ينتفع به أهل القرية وإن كان بعيدا، ويجوز إحياء ما لا ينتفعون به وإن كان قريبا من العامر.

واختلفوا فى حد القرب والبعد. وأصح ما قيل فيه أن يقوم الرجل على طرف عمران القرية، فينادى بأعلى صوته، فأى موضع ينتهى إليه صوته يكون من فناء العمران؛ لأن أهل القرية يحتاجون إلى ذلك الموضع لرعى المواشى أو غيره، وما وراء ذلك يكون من الموات. ورأى سحنون من المالكية ومن وافقه كمطرف وأصبغ مثل ظاهر الرواية فى مذهب الحنفية، غير أنه لم يقيد بجواز عود المياه؛ لأن الأنهار التى لم ينشئها الناس ليست ملكا لأحد، وإنما هى طريق للمسلمين لا يستحقها من كان يلى النهر من جهتيه. وعند غيرهم أن باطن النهر إذا يبس يكون ملكا لصاحبى الأرض التى بجنب النهر، لكل واحد منهما ما يجاور أرضه مناصفة. والحكم كذلك إذا مال النهر عن مجراه إلى الأرض المجاورة له. ويستخلص من نصوص المالكية أنهم لا يفرقون فى الحكم بين النهر القريب والبعيد. وعند الشافعية والحنابلة أن ما نضب عنه الماء من الأنهار والجزائر لا يجوز إحياؤه برغم أنه لم يكن مملوكا من قبل. وصرح الشافعية بأنه ليس للسلطان إعطاؤه لأحد. قالوا: ولو ركب الأرض ماء أو رمل أو طين فهى على ما كانت عليه من ملك أو وقف. فإن لم يعرف مالك للأرض وانحسر ماء النهر عن جانب منه لم يخرج =

المسلم بمعدن يظهر جوهره، فيه أمور:

أحدها: قوله: وإن عمر جاهلية أو أعلم أو أقطع، يوهم أنه إنما يملك إحياء المتحجر، إذا لم يجتمع فيه الإعلام والإقطاع، وهو وجه، والأصح أنه يملك بالإحياء، وإن امتنعت[(١)] فيه كما ذكره فى العزيز والروضة.

والثاني: قوله: بمعدن يظهر جوهره بالمعالجة، لم يفرق بين كونه معلومًا أو مجهولاً، والصحيح أن المعلوم لا يملك بالإحياء.

الثالث: مقتضى كلامه فى المعدن الظاهر وهو ما يظهر جوهره من غير معالجة أنه لا يملك إذا كان مجهولاً، وليس كذلك، بل يملك كما بيناه أولاً.

وقوله: بتحويط ونصب باب، لزريبة مع تسقيف[(٢)] بعض المسكن أو غرس لباغ، وبنحو زبر وتسوية وحرث لمزرعة، وتهيئة ماء احتيج لهما.

أى: ويملك الموات بتحويط ونصب باب لزريبة، وهذا نوع مما يحصل به الإحياء، والزريبة وهى التى تجعل للمواشى، ولابد أن يجعل لها بابًا على الأصح، وإن أراد السكنى لم يكف التحويط والباب، بل لابد معه من تسقيف شيء من المسكن ليصلح للسكنى، وإن أراد أن يجعلها بستانًا، فلابد مع التحويط ونصب الباب من الغرس فى الباغ، ومن

= عن كونه من حقوق المسلمين العامة، وليس للسلطان إقطاعه - أى إعطاؤه - لأحد، كالنهر وحريمه. ولو زرعه أحد لزمه أجرته لصالح المسلمين، ويسقط عنه قدر حصته إن كانت له فى مصالح المسلمين. نعم للإمام دفعه لمن يرتفق به بما لا يضر المسلمين. ومثله ما ينحسر عنه الماء من الجزائر فى البحر. ويجوز زرعه ونحوه لمن لم يقصد إحياءه. ولا يجوز فيه البناء ولا الغراس ولا ما يضر المسلمين. وكل هذا إذا رجى عود مالك الأرض، فإن لم يرج عوده كانت لبيت المال فللإمام إقطاعها رقبة أو منفعة إن لم يكن فى تصرفه جور، لكن المقطع يستحق الانتفاع بها مدة الإقطاع خاصة.

وفى المغنى: وما نضب عنه الماء من الجزائر لم يملك بالإحياء. قال أحمد فى رواية العباس ابن موسى: إذا نضب الماء عن جزيرة إلى فناء رجل لم يبن فيها؛ لأن فيه ضررا، وهو أن الماء يرجع. يعنى أنه يرجع إلى ذلك المكان. فإذا وجده مبنيا رجع إلى الجانب الآخر فأضر بأهله؛ ولأن الجزائر منبت الكلأ والحطب فجرت مجرى المعادن الظاهرة. وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم: «لا حمى فى الأراك». وقال أحمد فى رواية حرب: يروى عن عمر أنه أباح الجزائر. يعنى أباح ما ينبت فى الجزائر من النبات. وقال: «إذا نضب الفرات عن شيء، ثم نبت عن نبات، فجاء رجل يمنع الناس منه فليس له ذلك، فأما إن غلب الماء على ملك إنسان ثم عاد فنضب عنه فله أخذه، فلا يزول ملكه بغلبة الماء عليه. وإن كان ما نضب عنه الماء لا ينتفع به أحد فعمره رجل عمارة لا ترد الماء، مثل أن يجعله مزرعة، فهو أحق به من غيره؛ لأنه متحجر لما ليس لمسلم فيه حق، فأشبه التحجر فى الموات».

(١) فى ط: وإن اجتمع.
(٢) فى ط: مع سقف.

تهيئة الماء كالزرع، وإليه أشار بقوله: وتهيئة ما احتيج لهما، أى: للبستان، والمزرعة، وإن أراد أن يجعلها مزرعة فلابد من تهيئتها للزراعة بالحرث وكسح المرتفع وتسويتها وزبرها وهو جمع التراب حولها، أو رصف حجارة، أو سور ونحوه على قدر الحاجة، وتهيئة الماء إن احتاجت إليه، ويكفى أن يحفر مجراه وإن لم يسقه إليها وإن كانت يكفيها ماء المطر فلا حاجة إلى تهيئة الماء، ولا يحتاج إلى أن يزرع، بخلاف البستان، والفرق: أن الأرض بتهيئتها للزراعة تسمى مزرعة وإن لم تزرع، ولا تسمى باغًا حتى تغرس.

وقوله فى الحاوى: بالتحويط . . . إلى آخره، فيه أمران:

أحدهما: أنه اكتفى فى المزرعة بجمع التراب حواليها وتهيئة الماء، ولابد مع ذلك من الحرث، [وتلبين الأرض وتسوية المنخفض][1] منها والمرتفع لينبسط[2] الماء عليها.

الثانى: قوله: مع غرس الباغ مع تسقيف بعض المسكن، وقال القونوى: ولم يأت بحرف العطف؛ لأنه لو عطفه[3] لاقتضى توقف إحياء المسكن على ذلك انتهى. وليس كذلك، بل لو عطفه بواو، وقال: مع غرس الباغ، أو تسقيف بعض المسكن، لأفاد ما أراد بلا تكلف.

وقوله: ولا يحيى مواقف حج، وحريم معمور، كناد، ومرتكض، ومناخ لقرية، ومكان دولاب ومتردد بهيمة لبئر وممر، ومطرح تراب وثلج، وماء ميزاب للدار، وما ينقض حفره ماء قناة.

أى: ولا يجوز لأحد أن يحيى شيئًا من مواقف الحج كعرفات ومذدلفة ومنى، كما جزم به النووى فى زوائده فى المنهاج والروضة بحثًا، وعبر عنه فى تصحيحه بالأصح، واقتصر [فى تصحيحه][4] فى الحاوى على عرفات فقط، فمن أحيا فى هذه المواقف شيئًا لم يملكه.

ولا يحيى حريم المعمور؛ لأنه من مرافق المعمور، والحريم كناد وهو مجمع الناس حوالى القرية، وكذا مرتكض الخيل ومناخ الإبل، فهذا وأشباهه لحريم القرية الذى يرتفقون به، لا يجوز لأحد إحياؤه، وليس مراده بذكر هذه الثلاثة الحصر، فإن الكاف فى قوله: كالنادى يمنع ذلك، بل المحتطب والمرعى من مرافق القرية أيضًا.

---

(١) فى أ: وتبيين وتسوية الأرض.
(٢) فى ط: يسقط.
(٣) فى ط: عليه.
(٤) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

ومن حفر بئرًا فى موات ملكها وملك حريمها، وهو موضع الدولاب ومتردد البهيمة، إن كان الاستيفاء بهما، وإلا فالموضع الذى يقف فيه النازح وكذا موضع الدولاب، الذى يجمع للسقى، والأحواض التى يصب فيها الماء، وأما الآبار التى تحفر للقناة فلا تحتاج إلى الدولاب، ومتردد البهيمة، فحريمها الأمكنة التى لو حفرت فيها آبار لقناة أخرى لنقص ماؤها أو خيف انهيارها. ولو أحيا رجلان مكانين متقاربين للسكنى وملكاهما، ثم حفر أحدهما بئرًا فى ملكه، فللآخر أن يحفر فى ملكة بئرًا وإن نقص ماء الآخر؛ لأن حريم البئر إنما تملك بالإحياء، وملك الغير لا يملك بالإحياء.

ومن أحيا دارًا ملك حريمها، وهو الممر فلابد لها منه، ولا يعتبر[١] استحقاق الممر قبالة الباب على امتداد الموات، بل يجوز لغيره أن يحيى قبالة بابه إذا بقى له ممر، ومطرح التراب والثلج والرماد والكناسات ومصب[٢] الميزاب، وهذا كله من حريم الدار، وهذا الحريم إنما يتصور فى موات يلى الدار ولو من جانب، أما المحفوفة بالأملاك، فلا حريم لها، بل الأملاك متعارضة فى الفرج التى بينها، وليس جعلها لأحد أولى من جعلها للآخر، إلا أن يظهر اختصاص بفرجة قبالة الباب لا يعارضه فيها باب آخر، والدار فى الطريق النافذ لا حريم لها؛ لأن الطريق لعامة المسلمين.

وقوله: وله أن يحدث فى ملكه حدادًا، لا يضر بجدار، ودباغًا.

أى: وله أن يتصرف فى ملكه كيف[٣] شاء، سواء جرت به العادة أم لا، فله أن يحدث فى داره حدادًا أو قصارًا، وهذا عند الأمن على جدار الجار، من الإزعاج والاضطراب، إما لبعد أو لإحكام جدار نفسه، ويجوز أن يتخذ فى داره مدبغة وإن أضر بالجار رائحتها، هكذا نصوا عليه، فمنعوه لا مما يضر بالملك ومما يضر بالمالك، وقد اختاره الرويانى فى مثل هذا أن يجتهد الحاكم ويمنعه عند ظهور قصد التعنت[٤] والفساد، ولو حفر بئرًا أو بالوعة يفسد بها بئر جاره كره ولم يمنع.

وقوله: ويتحجر ما يطيق إحياءه، بإعلام أو إقطاع إمام، أو استيلاء على ما حماه كفار وقدم به، فإن أهمل وأطال، نوزع، ولا يباع متحجر.

أى: ويصير المتحجر أحق من غيره مما أعلم عليه من الموات ليعمره إن كان قدرًا يطيق

---

(١) فى ط: ولا يعنى.
(٢) فى ط: وتنصيب.
(٣) فى ط: متى.
(٤) فى ط: التعييب.

أن يعمره، وكذلك إذا أقطعه الإمام من الموات شيئا أفاده المتحجر وإن لم يعلمه بعلامة، وكذلك إذا استولى الغانمون قلوا أو كثروا على موات يمنعه الكفار من المسلمين لم تصر غنيمة؛ لأن الغنيمة ما يملكه الكفار، والموات غير مملوك لهم، إلا أن أهل الغنيمة يصيرون أحق من غيرهم بما يقدرن على إحيائه منه، ومنهم أهل الخمس فى خمسهم أو فى الكل إن أعرض الغانمون، وإن أعرض الكل، فلكل من المسلمين إحياؤه. هكذا نقله فى الروضة.

ثم المتحجر يقدم على غيره وينبغى أن يشتغل بالعمل، فإن أخر قال له الحاكم: أحى أو ارفع يدك، فإن ذكر عذرًا أو امتهل أمهل[1] مدة قريبة يستعد فيها للعمارة على ما يراه الحاكم، ولا تقدر بثلاثة أيام على الأصح، فإذا مضت المهلة، ولم يشتغل بالعمارة، بطل حقه، وهل تبطل بطول الإمهال من غير رفع إلى السلطان؟ قال الإمام أبو إسحاق: يبطل؛ لأن التحجر ذريعة إلى العمارة، وقال الشيخ أبو حامد: وعندى أنها لا تبطل إلا عند الرفع إلى السلطان.

ثم المتحجر لا يجوز له أن يبيع؛ لأنه لم يملك إلا حق التمليك، وذلك لا يباع كما لا يباع حق الشفعة.

قوله: وحمى وال لنحو نعم الصدقة، ونقض لمصلحة، ولا ينقض النقيع.

أى: ويجوز للإمام أن يحمى من الموات شيئًا لإبل الصدقة ونحوها، ويمنع الناس من الرعى فيه، وقد حمى رسول الله ﷺ النقيع «بالنون» وكان يجوز له ﷺ أن يحمى لنفسه، ولكنه لم يفعل، وأما غيره فلا يجوز له أن يحمى لنفسه، كما يجوز للإمام أن يحمى لمصالح المسلمين، وكذلك الوالى على الأصح، والمصالح: كإبل الصدقة والجزية والضوال ومال الضعفاء عن الإبعاد وخيول المجاهدين.

وما حماه الإمام جاز له ولغيره من بعده نقضه بشرط المصلحة ولا ينقض حمى رسول الله ﷺ، وما جاز نقضه جاز إحياؤه بعد النقض، ولا يجوز قبله على الأصح.

وينبغى إذا حمى أن يجعل للحمى حافظًا يمنع أهل القوة من الرعى فيه، ويأذن لضعيف وعاجز. فإن دخله أحد من أهل القوة ورعى، لم يلزمه غرم ولا تعزير، ولكن يمنع.

وقوله فى الحاوى: ويحمى الإمام لنحو نعم الصدقة، وينقض، فيه أمران:

أحدهما: أنه خص الإمام، والأصح أن لولاته[2] حكمه.

---

(١) فى ط: امتهل العمل.

(٢) فى ط: أن الوالى.

الثانى: أنه جوز نقض حمى غير رسول الله ﷺ مطلقًا، وليس كذلك، بل إنما يجوز له عند المصلحة، فإن كانت المصلحة فى حماه لم يجز نقضه، وقيل: لا ينقض بحال مطلقًا.

وقوله: وجاز فى شارع جلوس للاستراحة، ومعاملة، إن اتسع وسابق إليه وإلى مسجد لتعليم قرآن، وعلم أحق به، وإن طال ما لم يترك، أو يغيب غيبة تقطع إيلافه، ولصلاة فيها وإلى رباط ما لم يترك أو تطل غيبة.

أى: ويجوز الجلوس فى الشارع للاستراحة والمعاملة وهى الاكتساب بالعمل وغيره وإن كان موضوعًا للاستطراق[1]، وإنما يجوز ذلك إذا كان واسعًا لا يضيق الجلوس فيه على المارة، فمن سبق إليه، فهو أحق به، وكذلك من سبق إلى مجلس يجلس فيه فى المسجد لتعليم القرآن وتدريس العلم فهو أحق بذلك الموضع مادام يتردد إليه للتعليم والتدريس وإن طال المقام، ما لم يترك الجلوس فيه ويزهد، فلو غاب لحاجة ثم عاد[2] ليومين أو ثلاثة فهو

---

(١) صرح الحنابلة بأنه: يجوز الارتفاق بالقعود فى الواسع من الشوارع والطرقات والرحاب بين العمران للبيع والشراء على وجه لا يضيق على أحد، ولا يضر بالمارة، لاتفاق أهل الأمصار فى جميع الأعصار على إقرار الناس على ذلك من غير إنكار، ولأنه ارتفاق مباح من غير إضرار، فلم يمنع منه كالاجتياز. قال أحمد فى السابق إلى دكاكين السوق - أى الأماكن المعدة للباعة غير الدائمين - غدوة: فهو له إلى الليل. وكان هذا فى سوق المدينة فيما مضى. وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم: «منى مناخ من سبق» وله أن يظلل على نفسه بما لا ضرر فيه. . . فإن قام وترك متاعه فيه لم يجز لغيره إزالته؛ لأن يد الأول عليه، وإن نقل متاعه كان لغيره أن يقعد فيه؛ لأن يده قد زالت، وإن قعد وأطال منع من ذلك؛ لأنه يصير كالمتملك، ويختص بنفع يساويه فيه غيره فى استحقاقه. ويحتمل أنه لا يزال؛ لأنه سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم. وإن استبق اثنان إليه احتمل أن يقرع بينهما، واحتمل أن يقدم الإمام من يرى منهما. وإن كان الجالس يضيق على المارة لم يحل له الجلوس فيه، ولا يحل للإمام تمكينه بعوض ولا غيره. وبنحو ذلك صرح الشافعية قال الرملى: ومن ألف من مسجد أو مدرسة موضعا يفتى فيه الناس، أو يقرئ فيه قرآنا، أو علما شرعيا، أو آلة له، أو لتعلم ما ذكر كسماع درس بين يدى مدرس فهو كالجالس فى الشارع لمعاملة، لكن ذلك مشروط بأن يفيد أو يستفيد. بل هو أولى ممن يجلس فى الشارع لمعاملة؛ لأن له غرضًا فى ملازمة ذلك الموضع ليألفه الناس. وحديث النهى عن اتخاذ المساجد وطنًا. . . مخصوص بما عدا ذلك، ولا يشترط فى ذلك إذن الإمام، وإذا غاب المدرس فلغيره الجلوس فى مكانه، حتى لا تتعطل منفعته. ولو سبق رجل إلى موضع من رباط مسبل وانطبق عليه شرطه، أو فقيه إلى مدرسة، أو متعلم قرآن إلى ما بنى له، أو صوفى إلى خانقاه - لم يزعج ولم يبطل حقه منه بخروجه لشراء حاجة ونحوه من الأعذار، ولو لم يترك متاعا ولا نائبا. ومتى عين الواقف مدة للإقامة فليس للمرتفق الزيادة عليها، إلا إذا لم يوجد فى البلد من ينطبق عليه شرط الواقف؛ لأن العرف يشهد بأن الواقف لم يرد خلو المدرسة، وكذا يعمل بالعرف فى كل شرط شرطه الواقف، ولا يزاد فى رباط مدة على ثلاثة أيام ما لم تدع ضرورة.

(٢) فى ط: غاب.

أحق، وإن غاب غيبة طويلة بحيث يئس منه من كان يعامله أو يتردد إليه من[١] الطلبة، وينقطعون عن تعهده، صار غيره أحق إن سبق إليه.

والسابق إلى مكان فى المسجد للصلاة أحق به من غيره إن سبق فى تلك الصلاة[٢]، وليس المراد أن لغيره إقامته منه بعد الفراغ من الصلاة، بل هو أحق به ما لم يقم منه حتى لو وقف إلى وقت صلاة أخرى، فاستحقاقه فيه باق، وإنما المراد به أنه لو قام قبل الصلاة فى حاجة ثم رجع إلى مكانه قبل أن تقام الصلاة كان أحق بموضعه، بخلاف ما إذا قام بعد الفراغ من الصلاة ثم عاد أو قام قبل الصلاة بغير حاجة، وكذلك من سبق إلى رباط يسكنه فهو أحق به، فإن تركه زاهدًا فيه أو غاب[٣] غيبة طويلة، فإن السابق إليه بعده أحق بالوقوف فيه، وإن غاب لحاجة ثم رجع فهو على استحقاقه.

وفى الحاوى هنا أمران:

أحدهما: أن قوله: حتى يترك الحرفة أو ينتقل، لو اقتصر على قوله: حتى يترك لاستغنى عن ذكر الحرفة والانتقال.

الثانى: قوله: فى الرباط وإن غاب لحاجة، أطلق ولابد من تقييده بعدم الإطالة كما فى العزيز والروضة.

وقوله: وإلى معدن مباح، بقدر حاجته ما لم يطل.

أى: ومن سبق إلى معدن مباح فهو أحق بموضعه منه، فلا يزعج عنه إلا إذا طال الوقوف وزاد على العادة، هذا هو الأصح، وقيل: لا يزعج وإن طال كمقاعد الطرق، قال الرافعى: ويمكن أن يكون الفرق شدة الحاجة إلى نيل المعادن، ولا يخفى أن اعتبار السبق[٤] إنما يكون عند ضيق المعدن، أما إذا اتسع فكل يأخذ من جانبه.

[وقوله فى الحاوى: فى معدن ظاهر إلى قضاء وطره، فيه أمور:

أحدها: أنه خصص الظاهر، فأوهم أنه لا يجوز فى المعدن الباطن مطلقًا، وليس كذلك، بل المعدن الباطن إذا لم يكن مملوكًا فحكمه حكم المعدن الظاهر؛ لأن الصحيح أنه لا يملك بالحفر كما بيناه.

الثانى: أن قوله: ظاهرًا، مقتضاه أنه يجوز فى الظاهر مطلقًا؛ لأنه يرى أنه لا يملك، وليس كذلك، بل الصحيح أنه يملك بالإحياء إذا كان مجهولاً.

---

(١) فى ط: حتى.
(٢) فى ط: غيره من تلك الصلاة.
(٣) فى ط: أو على.
(٤) فى ط: السابق.

الثالث: اعترض ابن النحوى عليه فى قوله: ظاهر بالمعدن الباطن، وقال: إن قوله: ظاهر ليس بقيد، فأوهم أنه يتخلص بحذفه، وليس كذلك، بل لو أطلق لرد عليه ما يملك من المعدن الباطن والظاهر، والصواب أن يقيد بالمباح.

الرابع: قوله: إلى قضاء وطر، مقتضاه أن له ذلك وإن طال، وهو وجه اختاره الغزالى، وقد بينا أن الأصح خلافه][1].

وقوله: ويسقى الأعلى لا حادث ضيق، من ماء مباح كالعادة، وحرم منعه وملك بإبقاء، وإن جاءا معًا وضاق أقرع.

أى: والأعلى أحق من الأسفل بالسقى من الماء المباح كماء الأودية والأنهار، وكذلك العيون النابعة من مواضع غير مملوكة، ولا يجوز لمن هو أسفل منه مزاحمته ويسقى كالعادة، وإن كان يكفيه بلوغ الماء إلى الكعب منع من الزائد[2]، وإن كان لا يكفيه إلا بلوغه إلى الجدار لم يمنع منه، ولا يسقى من هذا الماء من أحدث إحياء أرض وضيق على السابقين، ثم هذا المباح لا يملكه إلا من أحرزه فى وعاء، وقيل: الماء لا يملك، والأصح خلافه، ولو دخل هذا الماء المباح إلى ملك إنسان صار أحق به، ولم يجز لغيره الأخذ منه؛ لأن دخول ملكه[3] بغير إذنه لا يجوز، فإن دخل وأخذ منه شيئًا ملكه بإحرازه، وإن ورد اثنان على ماء مباح وضاق عنهما وتنازعا فالسابق أولى، وإن استويا أقرع بينهما، ولا يخفى أن العطشان أولى منهما على كل حال.

وقوله فى الحاوى: فالأعلى يسقى من ماء جرى بنفسه إلى قوله: أقرع، فيه أمور:

أحدها: أن قوله: من ماء جرى بنفسه، مقتضاه أن كل ماء جرى بنفسه من غير أن يجريه أحد مباح، وليس كذلك، بل ذلك إذا نبع من موات، أما إذا نبع من أرض مملوكة فهو لصاحبها يخص به من شاء.

الثانى: قوله: إلى الكعب ثم شرح، ليس على إطلاقه، بل ذلك إذا كان فى أرض يكفيها ذلك، وأما الأرض التى لا يكفيها إلا بلوغ الماء إلى الجدار كزراع اليمن، فلابد من بلوغ حد الكفاية.

الثالث: قوله: وإن تساوق[4] اثنان، صوابه: وإن جاءا معًا، فإن المساوقة[5] فى اللغة

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) فى ط: منع الزوائد.
(٣) فى ط: ملك.
(٤) فى ط: وإن صادف.
(٥) فى ط: المصادفة.

تقتضى التعاقب كما أفاده النووى رحمه الله، وإنما تبع المصنف فيه الغزالى.

وقوله: وقدم ببئر حفرها رفقا حتى يرتحل، ووجب بذل فضل بئر، لمستق، وحاجة ماشية، وثم مرعى لا لزرع، وشرك نهر، بحسب عمل.

أى: فإذا نزل المسافرون منزلاً وحفر به أحدهم بئرًا ليرتفق بها مدة نزوله، فهو أحق بها ما دام فى المنزل حتى يرتحل منه، بخلاف ما إذا حفر بئرًا لمصالح المسلمين فإنه يكون فيها كأحدهم، وإن حفر بئرًا لنفسه فى ملكه أو فى موات بقصد التمليك فماؤها ملكه، فيجب عليه أن يبذل الفاضل عن حاجته لمن يستسقى من المارة وكذلك المقيم على الأصح، ولماشية غيره؛ لقوله ﷺ: «من منع فضل الماء ليمنع به الكلأ، منعه الله من فضل رحمته»[1]، وإنما يجب بذله لها إذا كان عند بئره مرعى، فإنه يكون بمنعها إياه مانعًا من الكلأ متعرضًا لنهيه ﷺ.

وكذلك إذا كان هناك ماء مباح يكفيها لم يجب عليه بذل فضل بئره.

ولا يجب بذل فضله لحاجة زرع، وإنما تجب فى الماشية لحرمة الروح، واعلم أنه إنما يجب بذل فضله بعد كفاية ماشيته وزرعه، ويحرم عليه أخذ العوض فى ذلك.

وإن اشترك جماعة فى حفر قناة أو نهر[2]، اقتسموا الماء بينهم على قدر أعمالهم، لا على الرءوس.

وقوله فى الحاوى: وفى المملوك بذل الفاضل للماشية، فيه أمور:

أحدها: أنه خصص الماشية، والأصح أنه إذا أراد قوم أن يسكنوا عنده، وجب عليه أن يبذل فضل الماء ليستقوا منه.

الثانى: أنه لا يجب عليه، إلا إذا كان عنده مرعى للماشية وإلا فلا يجب عليه، كما نصوا عليه.

الثالث: أنه لايجب عليه أيضًا ذلك إلا إذا احتاجت الماشية ولم يجد ماء مباحًا.

* * *

---

(١) أخرجه الشافعى (٢/١٥٣) (٥٣٠ - ترتيب المسند) عن أبى هريرة، وأخرجه البخارى (٢٣٥٣)، ومسلم (٣٦/١٥٦٦) بنحوه.

(٢) **فى ط**: أو بئر.

الوقف[1]

وقوله: باب صحة وقف أهل تبرع، بوقفت، حبست، سَبَّلْت، تصدقت صدقة محرمة أو موقوفة أو لا تباع، أو لا توهب، وجعلته مسجدًا، أو بكناية كحرمت أو أبدت، أو تصدقت إن عم وإلا فنوع هبة.

أى: [اعلم][2] أن الوقف قربة مندوب إليها، وسمى وقفًا؛ لما فيه من وقف المال على جهة وقطعه من غيرها، والأصل فيه الحديث: أن عمر - رضى الله تعالى عنه - ملك مائة سهم من خيبر، فقال: يارسول الله ﷺ، أصبت مالاً لم أصب مثله قط، وقد أردت أن أتقرب به إلى الله تعالى، فقال ﷺ: «حبس الأصل وسبل الثمرة»[3].

ثم لا يصح الوقف إلا من أهل التبرع؛ لأنه تبرع.

ولا يصح من الصبى والمجنون والمحجور عليه ولا من وليه.

ولابد فيه من صيغة، فلو بنى بناء على هيئة المسجد وصلى فيه لم يصر مسجدًا، أو لو أذن فى الدفن فى أرضه لم تصر مقبرة دفن فيها أم لا، وصريح الوقف هى الألفاظ المذكورة معها فى الأصل، وفهم من التقييد بلفظ تصدقت بقوله: صدقة محرمة أو موقوفة أنه لابد من إحدى هذه الألفاظ المذكورة مفهمًا، ولا يكون صريحًا إلا بها؛ لأنه لفظ موضوع للتمليك، فإذا اقترن[4] به أحد هذه الألفاظ صرفت[5] إلى الوقف، وفهم منه أن قوله: جعلت هذه البقعة مسجدًا، كقوله: وقفت هذه البقعة مسجدًا، أو وقفتها لصلاة المصلين.

وخالف البغوى وجماعة، فقالوا: لاتصير البقعة مسجدًا بقوله: جعلتها مسجدًا[6].

قال ابن الرفعة: هذا الخلاف إذا لم يكن نية، وإن نوى صارت مسجدًا قطعًا.

وأما الكناية فهى كقوله: حرمت هذه البقعة للمساكين وكذلك أبدتها، وهى محرمة أو

---

(١) وقفت كذا أى حبسته، ويقال: أوقفته فى لغة رديئة، وشرعًا: حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف فى رقبته على مصرف مباح، وجمعه وقوف وأوقاف، والأصل فيه خبر مسلم: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له». والصدقة الجارية محمولة عند العلماء على الوقف كما قاله الرافعى لا على الوصية بالمنافع لندرتها وفى الصحيحين أن عمر رضى الله عنه أصاب أرضا بخيبر فقال له النبى صلى الله عليه وسلم: «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها» فتصدق بها عمر على أنه لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث» وهو أول وقف فى الإسلام على المشهور.

(٢) سقط فى ط.

(٣) أخرجه الشافعى (٤٥٧ - ترتيب المسند) وأخرجه البخارى (٢٧٣٧) ومسلم (١٥/ ١٦٣٢) بنحوه.

(٤) فى ط: أقرن.

(٥) فى ط: صرفه.

(٦) فى ط: مسجدًا بجعلها مسجدًا.

مؤبدة للمساكين، فهذا اللفظ لابد معه من النية؛ لأنه لم يجر فى الوقف إلا مؤكدًا لغير مستقل بنفسه، بخلاف حبست وسبلت؛ لكثرة استعمالهما مستقلين واشتهارهما شرعًا[1] وعرفًا، وأما لفظ تصدقت فإن عم به، فهو كناية كقوله: تصدقت بهذه البقعة على المساكين، فإن نوى الوقف صارت وقفًا، ولو قال: تصدقت بها على فلان، أو على جماعة معينين، لم يكن وقفًا وإن نوى، بل ينفذ فيما هو صريح فيه من التمليك.

وقوله: وفى ملك معين ينقل ويفيد، وهو باق ولو مؤجرًا، ومدبرًا ومعتقًا بصفة، وبطل بوجودها، لا نفسه ومكاتبًا، وأم ولد.

أى: ولا يصح الوقف إلا فى مملوك الرقبة، فيصح فى المشاع والمقرر والعقار والمنقول من الثياب والدواب والسلاح والمصاحف والكتب، ولا يصح وقف أحد العبدين[2]، ولا عبد فى الذمة، ويصح وقف العبد الغائب على الأصح، ذكره فى زوائد الروضة.

واشترط[3] أن يصح نقله فلا يجوز وقف أم الولد والمكاتب.

ويشترط أن يكون فيه فائدة تحصل وعينه باقية سواء كانت الفائدة منفعة كسكنى الدار وعينًا كثمرة الشجرة ولبن الشاة.

ولا يصح وقف الدراهم والدنانير والطعام؛ لأنها لا تفيد وعينها باقية، وكذلك الرياحين؛ لسرعة فسادها.

ويصح وقف العين المؤجرة؛ لأن مدة الإجارة تنقضى، فهو كوقف الجحش الصغير ينتظر الانتفاع به، إلا الموصى بمنفعته أبدًا.

ويصح وقف المدبر والمعلق عتقه بصفة، ولكن إذا وجد موجب العتق عتق على الأصح وبطل الوقف، هذا على قولنا: إن الوقف ملك لله تعالى وهو الأصح، أو قلنا: إنه للواقف، وإن قلنا: إنه ينتقل لم يبطل إلا العتق.

ولا يجوز أن يقف نفسه على مسجد أو رباط؛ لأنه لا يملكها.

وقد ذكرنا حكم المستولدة والمكاتب.

وقوله فى الحاوى: فى مملوك معين، ينقل ويفيد، لا بفواته، فيه أمران:

أحدهما: أن القونوى قال: وقد يقال: قول المصنف مملوك يتناول المنفعة، ولكن قوله: ويفيد لا بفواته يخرجها. ثم قال: وفيه بعد، فلو قال: فى عين مملوكة لكان

---

(١) فى ط: شيوعًا.
(٢) فى ط: هذين العبدين.
(٣) فى ط: ولا يشترط.

صريحًا، والحق أن قوله: يفيد لا بفواته يخرجها ويخرج نحو المطعومات.

فإن قيل: فهلا قيل: إن قوله: يفيد يخرج المنفعة وقوله: لا بفواته يخرج نحو الطعام؛ لأن المنفعة لا نقيد، وكلما يتخيل منه فيها(١) من منفعة فهو من العين.

قلنا: لا تخرج المنفعة إلا بهما؛ فإن المنفعة يجوز أن تكون عوضًا، فيفيدك إذا ملكتها ما تفيدك الدراهم والدنانير.

الثاني: قوله: لا المستولدة والمكاتب والمستأجرة؛ مقتضاه أن العين المؤجرة لا يجوز وقفها كما قاله القونوى، وحكاه عن صاحب المصباح(٢) وعلله بأن فائدته للمكترى كما ذكره فى الروضة وغيرها أنه يصح وقد بيناه.

وقوله: على أهل تملكه لا نفسه، وبهيمة وحمل ومرتد، وحربى، ولا عبد نفسه، ومطلقًا لمالكه ولا يشترط أن يأكل منه وينتفع إلا بأجر نظر، ولو وقف على الفقراء، فافتقر أخذ.

أى: يشترط فى الموقوف عليه أن يكون أهلاً للتملك، سواء كان معينًا أم لا، أما المعين فقطعًا، وأما غير المعين فعلى الأصح.

والثانى: وهو ما حكاه الإمام عن المعظم أن المرعى فيه طريق القربة لا التملك، واستدل(٣) على ذلك بكونه لا يجب(٤) استيعاب المساكين، بل يجوز الاقتصار على ثلاثة أسهم منهم.

وعن القفال أن المراعى فيه طريق التمليك وهو الذى اختاره الإمام وشيخه، وطريق أصحابه العراقيين موافقته حتى إنهم ذكروا أن الوقف على المساجد والرباطات تمليك للمسلمين منفعة الوقف. فعلى الوجه المشروط للقربة لا يجوز الوقف على الأغنياء واليهود والنصارى، وعلى الوجه الذى يكتفى بالتمليك يجوز.

وقال فى العزيز والروضة: والأشبه بكلام الأكثرين ترجيح طريق التمليك.

إذا فهمت هذا علمت أن تفسير القونوى كلام صاحب الحاوى غير مطابق، فإنه قال: وقوله: على أهل تمليكه، إشارة إلى الموقوف عليه، ويشترط فيه إذا كان معينًا أن يمكن تمليكه، وليس كذلك؛ بل قصد صاحب الحاوى التعميم، وإنما خص المعين بالقبول فقط.

---

(١) فى ط: يتحصل فيها.
(٢) فى ط: المصابيح.
(٣) فى ط: واستدرك.
(٤) فى ط: لايجد.

ويجوز الوقف على الذمى؛ لأنه أهل للتملك.

ولا يجوز أن يقف الإنسان على نفسه؛ لأنه لا يتصور أن يملك الإنسان نفسه شيئًا يملكه، ولا على البهيمة، وإن قصد علفها على الأصح، وقيل: يصح ويكون لمالكها.

ولا يجوز الوقف على الحمل؛ لأنه ليس أهلاً للتمليك، ولا على المرتد ولا الحربى؛ لأن الوقف يراد للدوام، وهما مقتولان شرعًا، لا بقاء لهما، فكما لا يصح وقف ما لا يبقى، لا يصح على من لا يبقى.

ولا يصح أن يقف على عبد نفسه[1]؛ لأنه لا يملك، [فإن أطلق الوقف عليه وقع لسيده؛ كالهبة له، ولا يصح أن يقف على غيره بشرط أن يقضى دينه أو زكاته][2] من ريع الوقف، حتى لو استأجر أرضًا وبنى فيها بناء، ثم وقفه، وشرط أن يصرف الأجر من ريعه، لم يجز؛ لأنها صارت دينًا عليه. نعم لو استبقى النظر فى الوقف لنفسه وشرط أجرة لذلك جاز على الأصح، رجحه النووى فى الروضة، واستحق أجرة المثل.

ولو وقف على الفقراء ثم صار فقيرًا جاز له الأخذ منه؛ لأنه لم يشترط الأخذ منه لنفسه، لكن وجدت فيه الصفة[3] الموقوف عليها، فأخذ بها، وكذا لو وقف كتابًا على المسلمين جاز له أن ينتفع معهم.

وقوله فى الحاوى: أو[4] ينتفع به، يستثنى ما[5] إذا شرط لنفسه النظر والأجرة فيه من الوقف فإنه يصح كما بيناه أولا.

[**وقوله**: وشرط قبول معين وصار لمن بعده إن لم يرد.

أى: وإذا كان الوقف على معين أو معينين اشترط قبولهم متصلاً بالإيجاب، كما فى البيع والهبة؛ لأنه يتعدد، أو يبعد دخول منافع عين فى ملك إنسان معين من غير قبول، هذا هو الأصح.

وقيل: لا يشترط القبول، بل يكفى ألا يرده، وبهذا قال كثير من أئمة المذهب، ومثل البغوى فقال: ولو رده لم يرد كالعتق.

أما البطن الثانى فالأصح أنه لا يشترط قبولهم، بل يكفى ألا يردوا.

ونقل الرافعى عن المتولى أنا إذا قلنا: إن البطن الثانى يتلقون من الواقف يشترط

(١) فى ط: العبد.
(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٣) فى ط: الجهة.
(٤) فى ط: إذا.
(٥) فى ط: مما.

قبولهم. وإن قلنا: يتلقون ممن قبلهم لم يشترط، واستحسنه الرافعى.

والأصح أن البطن الثانى يتلقون من الواقف، فمقتضى ما استحسنه اشتراط القبول. ونعنى بقولنا: وصار لمن بعده إن لم يرد أنه لا يصير للبطن الثانى إلا إذا لم يرد، ولا نعنى به الاشتراط لصحة الوقف؛ فإن انقطاع الوسط لا يبطله على المذهب.

وقوله فى الحاوى: وقبول المعين وعدم رد البطن الثانى ورد البطن الثانى لا يبطل به الوقف على الصحيح، وإنما يبطل به حقهم، بخلاف عدم قبول المعين ونحوه، فإنه يبطل به الوقف. والله أعلم][1].

وقوله: وبطل فى جهة معصية، ومعلقًا ومؤقتًا وبشرط خيار ورجوع ومنقطع ابتداء، فيصرف مدة انقطاع غيره، للأقرب، إلى الواقف، كأن جهل أهله، ولغا مجهول توسط.

أى: وإذا وقف على جهة معصية؛ كالوقف على عمارة الكنائس والبيع، ولكتابة التوراة والإنجيل، والسلاح لقطع الطريق، لم يصح الوقف، ويندب فى جهة طاعة، كالوقف على الفقراء والمساجد[2] والقناطر ووجوه الخيرات.

ويجوز على من يملك كالأغنياء والفساق واليهود والنصارى؛ لأن الصدقة على العاصى ليست بمعصية، واستحسن الرافعى جواز الوقف على الأغنياء دون اليهود، والنصارى والفساق؛ لأن فيه إعانة لهم على المعصية.

أما إذا وقف على من يقطع الطريق أو يتهود أو يتنصر، فإن الجهة معصية فلا يصح.

ولا يصح توقيته، فلو قال: وقفت عليك سنة لم يصح، ولا تعليقه كوقفته إذا جاء رأس الشهر.

ولا يجوز شرط الخيار، فإن شرطه فيه لم يصح الوقف.

ولا يشترط أن يرجع فيه إذا شاء؛ لأنه إزالة ملك.

ولايجوز أن يكون منقطع الابتداء على الأصح، كقوله: وقفت على ما سيولد لى، وكذلك لو وقف على مجهول، ثم على الفقراء، أو على زيد ثم على الفقراء، وإفراد زيد وإن اتصل أوله، كوقفت على زيد ثم سكت، أو على زيد ثم على ذريته[3] ما تناسلوا، ففى صحته خلاف، والأصح الصحة، وكذا إذا انقطع الوسط كما إذا وقف على زيد، ثم على عبد فلان نفسه، أو بهيمة ثم على الفقراء، فالأصح الصحة أيضا، وإلى هذا أشار بقوله: فيصرف مدة انقطاع غيره، أى سواء كان فى آخره أو وسطه.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) فى ط: والمساكين.

(٣) فى ط: ورثته.

ثم بعد الانقطاع فى المسألة الأولى وفى مدته فى الثانية يصرف على الأصح إلى أقرب الناس إلى الواقف، وهذا فى منقطع الوسط إن أمكن معرفة مدة الانقطاع، وكذا إذا جهل مصرف الوقف على الصحيح، بأن اندثرت معرفة أرباب الوقف وجهل فإنه على الأصح يصرف إلى أقرب الناس، إلى الواقف، أما إذا وقف على زيد ثم على رجل مجهول، ثم على الفقراء فإنه يصرف بعد زيد إلى الفقراء، ولا أثر لهذا الانقطاع، وإلى هذا أشار بقوله: ولغا مجهول توسط.

[وقوله فى الحاوى: وعدم معصية العامة إلى آخره، فيه أمور:

أحدها: تخصيصه بالعامة، يوهم أن ذلك جائز فى الوقف على الخاصة، وليس كذلك؛ فإنه لو وقف على معين فرسًا يقطع عليه الطريق لم يجز، فإن وقفها على قاطع طريق ليركبها فى حوائجه جاز، فبان أنه لامعنى لتخصيص ذلك بالجهة العامة.

الثاني: أن القونوى اعترض على صاحب الحاوى بقول النووى فى الروضة:

قال الغزالى وغيره: وإن لم يعرف أرباب الوقف جعلنا كوقف مطلق لم يذكره مصرفه فيصرف إلى تلك المصارف، قال القونوى: والوقف المطلق الأصح بطلانه، فيكون كلام صاحب الحاوى على هذا مفرعًا على الوجه الضعيف، وهذا الذى نظر إليه موضع نظر؛ لأن الغزالى فى الوجيز لم يقل كما قال النووى فى الروضة، بل قال: فإن لم تعرف الأرباب فهو كوقف منقطع الآخر فى المصرف. هذا لفظه، وهو الحق؛ لأنه وقف صدر على الصحة لكنه له أرباب، ولكن جهلوا فيلغون ويكون وقف منقطع الآخر. قال فى المهمات: وقد ذكرها الرافعى فى الشرح الصغير. انتهى. وكلامه فى الوسيط مثل كلامه فى الروضة، ولعل هذا محمول على ما إذا جهل كونه ذكر الأرباب من الأصل، فإن الأصل عدم ذكرهم، فيكون كالوقف المطلق. والله أعلم.

وأما الوقف المطلق فالعامل فيه بالصحة يصرفه مصرف الآخر، والنووى لم يرد إلا أنه فى المصرف عند من يصححه لا فى الصحة.

الثالث: أنه جعل الوقف إذا انقطع لأقرب الناس إلى الواقف مطلقًا، وهو إذا كان منقطع الابتداء باطل على المذهب. وليس قوله: وعلى من يؤجل منقطع الأول، فيقال: إنه قد ذكر منقطع الأول بل منقطع الأول والآخر، والظاهر أنه لم يذكر منقطع الوسط، وإن قلنا: هو متأول بقوله: وإن انقطع فليس ينتقل الوقف فيه إلى أقرب الواقف مطلقًا، بل ذلك إذا كان الانقطاع فى الوسط ينتهى إلى أمد يعلم، فإن كان موقوفًا على مجهول فهو من الآن

ينتقل إلى من بعده. والله أعلم][١].

وقوله: وعلى هذين ثم على الفقراء، حق ميت لباق.

أى: إذا وقف على رجلين معينين ثم على الفقراء صح، فإذا مات أحدهما فالأصح أن نصيبه لصاحبه؛ لأن انتقاله إلى الفقراء مشروط فيه موت الآخر، والثانى أنه للفقراء، وأبدى الرافعى احتمالاً، وقال: القياس أن يصرف لأقرب الناس إلى الواقف، كمنقطع الوسط.

وقوله: وتبع شرطه فى تفضيل وتسوية، ومنع إجارة، وفى نظر ولو فى بعض، فإن سكت أو فسق ناظر فللحاكم [وقفه][٢].

أى: ويتبع شرط الواقف فى تفضيل بعض على بعض كأن قال: للذكور من أولادى ضعف ما للإناث، أو عكسه، وكذا لو شرط التسوية بينهم، اتبع شرطه كما فى التفضيل.

وإذا شرط الواقف ألا يؤجر الوقف اتبع شرطه، سواء منع من تأجيره سنة أو أكثر، وكذلك يتبع شرطه فى نظر الوقف، فإن شرطه فى الوقف لمعين تعين ولم يجز له عزله، وعن البغوى لو قال: وقفت بشرط أن يكون التدريس لفلان، أو قال حالة الوقف: جعلت تدريسها لفلان، فهو لازم.

قال الرافعى: وهذا حسن فى صيغة الشرط، غير متضح فى قوله: وقفتها وفوضت التدريس إليه.

وقال النووى: هذا الذى استحسنه الإمام الرافعى هو الأصح أو الصحيح، وينبغى أن تكون صورة المسألة كما ذكر، ومن أطلقها فكلامه محمول على هذا. انتهى.

فاقتضى أن يكون الأصح أن صيغة[٣] الشرط لابد منها، ووقع فى نفسى شىء فى صحة الوقف بشرط أن يكون فلان مدرسها، فإن فلانًا قد لا يقبلها، فكيف يصح الوقف، فراجعت المهمات فوجدته قد صرح بذلك وقال: راجعت فتاوى البغوى[٤]، فوجدت تعبيره صحيحًا، فإنه قال: إذا وقف[٥] مدرسة وشرط أن يكون مدرسها فلانًا، قال: هو

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) سقط فى ط.

(٣) فى ط: صفة.

(٤) هو: الحسين بن مسعود بن محمد، العلامة محيى السنة أبو محمد البغوى، أحد الأئمة، تفقه على القاضى الحسين، وكان دينًا، عالمًا، عاملا على طريقة السلف، وكان لا يلقى الدرس إلا على طهارة، وكان قانعًا باليسير، قال الذهبى: كان إمامًا فى التفسير، إمامًا فى الحديث، إمامًا فى الفقه، بورك له فى تصانيفه ورزق القبول؛ لحسن قصده وصدق نيته، وقال السبكى فى «تكملة شرح المهذب»: قل أن رأيناه يختار شيئًا إلا إذا بحث عنه إلا وجد أقوى من غيره، هذا مع اختصار كلامه، وهو يدل على نبل كبير، وهو حرى بذلك؛ فإنه جامع لعلوم القرآن والسنة والفقه، توفى بمرو الروذ في شوال سنة ست عشرة وخمسمائة.

تنظر ترجمته فى: طبقات ابن قاضى شهبة (١/ ٢٨١)، طبقات السبكى (٤/ ٣٥٧).

(٥) فى ط: قال.

تعبير صحيح، وصوره بأن يقول: وقفت وشرطت، وضعف توقف الرافعى فى مسألة التفويض وقال: الكلام ناجز، قلت: ولو قال: وقفت هذه المدرسة بشرط أن يمنع[١] فلان من التدريس فيها كان عقدًا صحيحًا، لا تتوقف الصحة منه على رضاه بالتدريس، فهو كما لو قال: وقفت على الفقراء بشرط الغربة[٢] والشيخوخة، فإن هذا يتبع ذكره فى الروضة، وسواء ولاه النظر فى جميع الوقف أو فى بعضه أو فى تصرفاته كلها، أو فى تصرف دون تصرف، فإن شرط أن يؤجره ولا يستوفى أو يستوفى ولا يؤجر اتبع شرطه.

وإن سكت عن النظر ولم يزد على الوقف لم يكن له النظر، بل يكون للحاكم.

وإن شرطه لنفسه كان له، وكان له أن يولى من شاء ويعزل من شاء، وإن فسق[٣] الناظر سواء كان هو الواقف أو غيره صار النظر للحاكم.

وقوله فى الحاوى: ويفضل الذكر أو يسوى، والتولية لعدل كاف نصبه، فيه أمران:

أحدهما: قوله: ويفضل الذكر أو يسوى، يوهم أنه لا يجوز أن يشترط تفضيل الأنثى وهو جائز. وقال فى العزيز والروضة: [وشرط التسوية بين الذكر والأنثى، ويفضل أحدهما][٤].

والثانى: قوله: والتولية لعدل كاف نصبه، يوهم أن ذلك يختص بمن نصبه دون نفسه، وليس كذلك بل هو كمن نصبه فى اشتراط العدالة والكفاية سواء.

وقوله: وإن شرط لنفسه، ولى وعزل، وشرطه عدل كاف، فيعمر، ويؤجر ويستغل ويصرف وله ما شرط.

أى: وإن شرط النظر لنفسه حالة الوقف استحقه، وله أن يولى من شاء ويعزله، وشرط الناظر العدالة والكفاية؛ لأنها ولاية[٥].

ووظيفة الناظر أن يعمر الوقف ويؤجر ويجمع غلته ويصرفها إلى أربابها، ولا يجوز له العدول عما شرطه الواقف كما سبق، ويستحق الناظر ما شرط له، وإن كان هو الواقف.

وقوله: والواو للشركة، وإن زاد ما تناسلوا، ومع الأعلى فالأعلى، والأقرب فالأقرب والأول فالأول، وبطن بعد بطن، للترتيب كثم.

---

(١) فى ط: لا يمنع.
(٢) فى ط: القربة.
(٣) فى ط: فسخ.
(٤) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٥) فى ط: ولكنها ولاية.

أى: والواو لشركة المعطوف والمعطوف عليه فى الوقف، فإذا قال: وقفت على أولادى وأولاد أولادى، اشترك الجميع، وإن زاد على ذلك ما تناسلوا، أما إذا زاد الأعلى فالأعلى، أو الأقرب فالأقرب أو الأول فالأول، وكذلك بطنًا بعد بطن، اقتضى الترتيب فلا يصرف للبطن الثانى مع وجود أحد من البطن الأول، كما إذا عطف بثم، فقال: على أولادى، ثم أولاد أولادى ما تناسلوا. ولو قال: على أولادى ثم أولادهم وأولاد أولادهم، اقتضى الترتيب فى البطن الأول فقط.

وقوله فى الحاوى: والواو لاشركة وإن زاد بطنًا بعد بطن، تبع فى هذا ترجيح الرافعى، وتبعه النووى فى الروضة، ولكنْ الأكثرون على أنه للترتيب، ونقله الرافعى عن الرويانى وعن بعض أصحاب الإمام، وقال البغوى[1]: وبه قطع البندنيجى، والماوردى فى الحاوى، والإمام فى النهاية، وبه أجاب الغزالى، واختاره القاضى الحسين فى فتاويه، وعدد طائفة، وقال [فى تعليقه:][2] إنه الصحيح، نقلاً وبحثًا وكذا سائر المتأخرين، وقال صاحب البهجة رحمه الله: والواو لشركة فيها معنى، ولو بما[3] تناسلوا، أو بطنًا من بعد بطن[4]، قلت: حل[5] الفقهاء - بثم بطنًا بعد بطن - شبهًا لا الرافعى، وبثم رتبا كذلك الأقرب فالأقرب.

وقوله: ويتناول ذرية وعقب ونسل، حافدًا وحملا والولد ابنًا وبنتًا، وخنثى، وإلا فحافدًا لا حملا ومنفيًا، والبنات والبنون، خنثى لا أحدهما، والموالى معتقًا وعتيقًا.

أى: إذا قال: وقفت على ذريتى أو عقبى أو نسلى دخل فيه الحافد والحمل، والحافد ولد البنين والبنات، قريبهم وبعيدهم، ذكرهم وأنثاهم، ومما يدل على دخول أولاد البنات فى الذرية قوله تعالى: ﴿وَمِن ذُرِّيَّتِهِۦ دَاوُۥدَ وَسُلَيْمَـٰنَ﴾ [الأنعام: ٨٤] إلى أن ذكر عيسى عليه السلام، وليس هو إلا ولد البنت.

قال فى العزيز والروضة: ويدخل الحمل فيوقف نصيبه؛ لأنه من نسله وعقبه.

فإن قال: وقفت على أولادى، دخل البنون والبنات والخناثى، ولا يدخل الحافد،

---

(١) فى ط: الإسنوى.
(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٣) فى ط: ولوما.
(٤) فى ط: وبطنا وكذا من بعد بطن.
(٥) فى ط: ملأ.

وهناك أحد من الثلاثة المذكورين، فإذا انفرد دخل لصيانة كلامه من الإلغاء، ولا يدخل الحمل؛ لأنه لا يسمى ولدًا، ولا المنفى باللعان.

ولو وقف على بنيه وعلى بناته دخل فيه الخنثى[١]؛ لأنه إما ابن أو بنت، وقيل: لا يدخل؛ لأنه ليس ابنًا ولا بنتًا، والأصح دخوله.

ولو وقف على البنين وحدهم أو البنات وحدهن، لم يدخل الخنثى.

ولو وقف على الموالى وله موال من أعلى فقط أو من أسفل فقط دخلوا، وكذلك إذا اجتمع الصنفان دخلا جميعًا على الأصح.

وقوله فى الحاوى: ويتناول الذرية، والعقب والنسل، الحافد، إلى آخره، فيه أمور:

أحدها: أنه اقتصر على الحافد ولم يذكر الحمل، وهو يتناوله.

الثانى: قوله: والولد: البنت والابن والخنثى لا الجنين والمنفى، والحافد، وليس هذا فى الحافد على إطلاقه، بل ذلك إذا وجد واحد من البطن الأول، أما إذا لم يكن له إلا أولاد الأولاد فإنهم يدخلون فى اسم الأولاد، ذكره فى العزيز والروضة.

الثالث: إذا وقف على الموالى، ووجد المعتق والعتيق، ذكر أن فيه وجهين، أحدهما: أنه فاسد. والثانى: يصح ويقسم بينهما، قال: ورجح كل، والصحيح الذى صححه النووى أنه يصح ويقسم ونقله عن تصحيح الجرجانى، قال الإسنوى: وصححه صاحب التنبيه والقفال الكبير وابن القطان والفورانى والقاضى أبو الطيب ونص عليه الشافعى كما نقله عنه فى المطلب.

وقوله: وعلى فقراء أولادى، وأرامل بناتى، أخذوا، ومنعوا بوجود الشرط وعدمه.

أى: وإذا وقف على أولاده الفقراء وبناته الأرامل أخذ منه من كان فقيرًا، ومنهن من كانت أرملة، وهى التى لا زوج لها حتى تستغنى وتتزوج ثم يمنعان، ويمنع من كان غنيًّا حتى يفتقر، ومن كانت مزوجة حتى تبين ثم تعطى، وتعطى المعتدة البائنة، لا الرجعى؛ لأنها فى حكم الزوجة.

وقوله: وتشترك جمل عطف بعضها على بعض، بواو فى وصف تقدم أو تأخر، واستثناء إن لم يتخلل كلام طويل.

أى: اعلم أن الإسنوى رحمه الله تعالى قال: نصوا على اشتراك الجمل المعطوف بعضها على بعض فى الصفة، والاستثناء، تقدمًا أو تأخرًا، ثم يمثلون بالمفردات[٢] فيقولون: إذا

(١) فى ط: الخناثى.
(٢) فى ط: فى المفردات.

قال: وقفت على محاويج أولادى وعتقائى وأقاربى، أو وقفت على أولادى وعتقائى وأقاربى المحاويج، فيجعلون المحاويج صفة للجميع، ومثال الاستثناء: وقفت على أولادى وأقاربى وعتقائى إلا من فسق منهم، هكذا مثلوه، وقال: إن الصواب ما مثل به الإمام فى الأصول للجمل، كقوله: وقفت دارى على أولادى، وحبست أرضى على قرابتى، وسبلت دوابى(١) على عتقائى المحتاجين منهم، وقال: إذا علمت ذلك، فلابد من أحد المسلكين، إما الأخذ بمثالهم ولا يعيده فى الجمل فى الحقيقة، وإما الأخذ بالجمل، ويكون عوده إلى المفردات، من طريق الأولى، [فيرجع الوصف فى الكل فى مثل هذا، وقال: أما إذا تقدمت الصفة فقال: وقفت دارى على محاويج أولادى وحبست أرضى على أقاربى، فبعيد أن](٢) يعود إلى ما ورائها من الجمل؛ لأن المفردات تكون معطوفة على ما أضيفت إليه الصفة فيكون المضاف مقدرًا فى الكل، وأما الجمل فكل واحدة مستقلة بنفسها، على أنه فى الروضة فى إطلاق(٣) فى الباب الرابع قال: فى الجمل الأصح عوده إلى الأخير، واشترط الإمام أن يكون العطف بالواو، وأما إذا عطف بثم ونحوها فإنها تختص بما تليه، وكذلك يشترط ألا يفصل بين الجملتين كلام طويل كما إذا قال: وقفت على أولادى على أن من مات منهم فنصيبه بين أولاده، وإن لم يعقب فنصيبه(٤) لإخوته، فإذا انقرضوا، فهو مصروف إلى أقاربى المحتاجين منهم فإن الصفة إنما تختص بما يليه، ولم يتعرض(٥) فى الحاوى لهذين العقدين(٦) وقد قيد بالواو، والرافعى فى المحرر، وتبعه النووى فى المنهاج، ونقلها عن الإمام فى الروضة.

وقوله: والوقف لازم يمنع تصرفا، نافاه، والمسجد حر الوقف ملك لله تعالى، نفقته فى كسبه ثم فى بيت المال، إن لم يشترط.

أى: وحكم الوقف اللزوم فلا ينقض سواء قضى به قاض أم لا، ويمنع من كل تصرف ينافى صفة الوقف وشرطه، فلا يباع ولا يوهب، فإن شرط ألا يؤجر، فلا يؤجر، والمسجد حر لا يملك منه عين ولا منفعة بخلاف غيره، فإن رقبته إن قلنا: إنها غير مملوكة فمنافعه مملوكة، وسواء قلنا: الأصح أنه يجوز وقف المسجد على الشافعية أو على الحنفية

---

(١) فى ط: دابتى.
(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٣) فى ط: فى الطلاق.
(٤) فى ط: فإن يعصب فنصيبه.
(٥) فى ط: ولم يفرق.
(٦) فى ط: بهذين القيدين.

أم لا؛ لأن اختصاص البعض بالمسجد لا يمنع كونه حرًّا.

وأما الوقف فالأصح أن الملك فيه ينتقل إلى الله تعالى سواء كان على معين أو عامًّا، وأما منافعه فمملوكة للموقوف عليه، وأما نفقة العبد الموقوف ونحوه فمن حيث شرطه، فإن لم يشرط: فإن قلنا: إنه ملك للموقوف عليه، فنفقته عليه، وإن قلنا بالأصح أنه ملك لله تعالى فنفقته فى كسبه، إن لم يكن من بيت المال.

وقوله فى الحاوى: والوقف ملك لله تعالى وينفق الموقوف عليه، إن لم يشترط ثم لا كسب: هذا مناف لما قاله الأصحاب؛ لأنهم قالوا: نفقته من حيث شرط، فإن لم يشرط فمن كسبه، وإن لم يكن كسب فإن قلنا: إنه ملك لله تعالى، ففى بيت المال، وإن قلنا: إنه ملك للموقوف عليه أو الواقف، فنفقته على من حكمنا له بالملك، هكذا هو فى العزيز والروضة وغيرهما.

وقوله: والموقوف عليه، لا لنفع خاص ريع، كولد حادث ومهر لا وطء، ويزوجها قاض بإذنه لا منه.

أى: وإذا قلنا: إن الملك ينتقل إلى الله فهو فى رقبة الوقف، وأما ريعه فإنه للموقوف عليه، فيملك الدر والنسل والمهر إن وطئت الموقوفة بشبهة أو تزوجت، وهذا كله إذا لم يخص الموقوف نفعًا خاصًّا، فإن وقف عليه دابة ليركبها فى حوائجه أو جارية لتغسل ثيابه فقط، صح وبقى در الدابة ونسلها ومهر الجارية ومنافعها للواقف [فى أوجه الوجهين، كما قاله الرافعى والنووى فى الدابة، والثانى: ينتقل إلى أقرب الناس إلى الواقف][1].

وإذا وقفت[2] الجارية عليه وقفًا مطلقًا فكل منافعها للموقوف عليه حتى ولدها الحادث والمهر، وأما الحمل الموجود حال الوقف فالأصح أنه وقف بناء على أن الحمل يعرف ويأخذ قسطًا، ولا يجوز للواقف ولا للموقوف عليه وطء الموقوفة، وإن قلنا: الملك له؛ لأنه ملك ضعيف. وإنما يجوز تزويجها من غير الموقوف عليه، لكن بولاية الحاكم وإذن الموقوف عليه؛ إذ الملك فيها لله تعالى والمنافع مستحقة للموقوف عليه، فلابد من رضاه بتزويجها، وإن كان بعض المنافع للموقوف عليه وبعضها للواقف على قولنا: يجوز ذلك، فالظاهر أنه لابد من إذنهما.

وقوله فى الحاوى: ويملك ريعه كالنتاج، فيه أمران:

أحدهما: قوله: ويملك ريعه، وهو كما قال، لكن إذا وقف عليه دابة، ليركبها فى حوائجه فقط، أو جارية لتغسل ثيابه فقط، فإنه لا يملك ريعها.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) فى ط: وإذا وقف.

الثانى: قوله: كالنتاج، ليس على إطلاقه، بل هو النتاج الحادث، وأما الحمل الموجود حال الوقف فالأصح أنه وقف.

وقوله: وإن اندرس شرط واقف سوى.

أى: وإذا وقف وقفًا وعرف مصرفه ولكن جهل ما شرط لكل مستحق وإن لم تكن عادة تدل، قسم بينهم بالسوية، وقال الرافعى: القياس قول بعضهم يترك حتى يصطلحوا.

وقوله: ويشترى ببدل عبد، مثله، ثم شقص ويوقف، وينتفع بجاف شجر، وبيع لمصلحة مسجد حصير بلى، وداره وبإشراف إن وقفت، كجذعه لا هو.

أى: وإذا جنى على العبد الموقوف عليه بقتل أو جرح، وسواء كان الجانى أجنبيًّا أو الواقف أو الموقوف عليه، فإنه يجب عليه البدل، ويشترى بما حصل من بدل نفسه أو عضوه عبدًا إن اتسع لقيمته، أو شقص إن نقص أو فضل بعده شىء، هذا هو الأصح.

وقيل: لا يشترى بل يأخذه الموقوف عليه، وقيل: الواقف، وقيل: يشترى مثله، فإن فضل شىء لم يشتر به شيئًا، بل يأخذه الموقوف عليه كفوائده.

وقيل: أرش ما دون النفس من جملة فوائده، ولابد أن يوقف العبد المشترى أو الشقص، ولا يصير وقفًا بنفس الشراء على الأصح، ويشتريه الحاكم ويوقفه، ونقل فى المهمات عن الماوردى، أن الجارية يزوجها من شرط له النظر حالة الوقف، ونقله عن شرح الوسيط، وإذا كان هو الذى يزوجها، فلا يبعد أن يكون هنا هو الذى يشترى وإذا اشترى وقف، وإذا وقف شجرًا فجف، ويبس أو انقلع[1]، فالأصح أنه ينتفع به الموقوف عليه مع بقاء عينه ما أمكن، ولو بأن يجعله أبوابًا إذا لم يمكن إجارته خشبًا بحاله، وإن صار حطبًا أوقد به.

ويباع حصير المسجد إذا بلى وذهب جماله لمصلحة المسجد، والأولى أن يشترى به حصيرًا إن أمكن، وكذلك يباع جذعه إذا انكسر أو أشرف على الانكسار وكانت المصلحة فى بيعه، فإن أمكن جعله أبوابًا أو ألواحًا فعل بالمصلحة[2].

وإذا وقف على المسجد دارًا فخربت أو أشرفت على الهلاك وكان المصلحة فى بيعها بيعت، وإن أمكن إصلاحها عمل بالمصلحة، وهذا كله إنما يجوز بعد وجود التلف ونحوه، وكون البيع هو الأصلح للمسجد، وإلا فلا يجوز بيعه بحال سواء انهدم وخربت المحلة وانتقل الساكنون حوله أم لا، واعلم أن ما وهب[3] للمسجد حصيرًا وقناديل ودورًا

---

(١) فى ط: أو بثرًا وانقطع.
(٢) فى ط: فعل فى المسجد.
(٣) فى ط: ما هو.

ودواب، ولم يوقف عليه - جاز بيعه لمصلحته، وإن لم يشرف على التلف.

[وقوله فى الحاوى: ونحاثة حصير المسجد، صوابه: وبالى حصير المسجدِ، فإن النحاثة هى بداية الخشب المنحوث، ولا نحاثة للحصير. وعبارة الرافعى: وحصر المسجد إذا بليت ونحاثة أخشابه.

الثانى: أن التقييد بالمنكسر والمنهدم يوهم أن ما أشرف على الانكسار والانهدام لا يباع، والأصح أنه يباع، كما ذكره فى العزيز والروضة.

الثالث: أن ابن النحوى أنكر على الرافعى والنووى فى تجويزهما بيع دار المسجد المنهدمة، وقال: كيف يجوز بيعها وهى وقف؟! واستشهد بنقول كثيرة نقلها عن أئمة المذهب مصرحة بمنع بيع الدور الموقوفة، وإن تعطلت وخربت ولم ينقل فيها عن دار موقوفة على المسجد شيئًا. والفرق ظاهر بين الدار الموقوفة على غير المسجد والموقوفة على المسجد، فإن تلك يتعلق بها حق البطون المتأخرة فلا يجوز بيعها، ودار المسجد موقوفة عليه وحده لا ينتقل عنه إلى غيره، والمقصود بها مصلحة، فإذا فقد الانتفاع بها بالانهدام أو الإشراف عليه، وكانت المصلحة له فى بيعها، جاز لمصلحته، ولا مصلحة للبطن الثانى فى بيع الدار لمصلحة البطن الأول، فافترقا.

وأما الرافعى فقد تبع فى ذلك الإمام والغزالى ولم يحك المعترض مخالفًا لهما فى دار المسجد.

الرابع: أنه قال: وداره المنهدمة، ولم يشترط كونها وقفًا - فافهم - الدار المملوكة للمسجد لا يجوز بيعها، إلا إذا انهدمت، والمذكور فى الروضة أن ما وهب للمسجد من حصر ودور وقبلها له الناظر ولم توقف - أنه يجوز بيعها لمصلحة المسجد وإن لم ينهدم][1].

* * *

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

الهبة والعمرى والرقبى

وقوله: باب: الهبة[١] تمليك ما يباع، وحبتى بر، لا موصوف فى ذمة، بلا عوض بإيجاب وقبول متصل.

أى: الهبة تمليك؛ فلابد فيها من العاقدين وكون الموهوب يصح بيعه، واستثنى جواز هبة حبتى بر، وعدم جواز هبة موصوف فى الذمة، وإن جاز بيعه على الصحيح، وقيل: يكون سلمًا، ولم يستثنها فى الحاوى، وإنما يكون هبة ما حصل الملك فيه بغير عوض، وإن قال: وهبت منك هذا بدراهم، فهذا بيع، وقد سبق بيانه، ولابد فيها من الإيجاب والقبول، باللفظ متصلاً، كسائر العقود.

وقوله: وإن وقت بعمر متهب، لا غيره كوهبت لك عمرك أو أعمرتك إياه، أو أرقبتكه صح، وإن شرط عوده إليه بعد موته أو إلى وارثه ولا يعود.

أى: وتصح الهبة إن وقتت بعمر المتهب، مثل وهبته لك عمرك، أو مدة حياتك، أو أعمرتك هذه الأرض أو هذه الدار، ومعناه جعلتها لك مدة عمرك، وكانت العرب تستعمل فى الجاهلية لفظين، وهما العمرى والرقبى، فللعمرى ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يقول: أعمرتك هذه الأرض، فإذا مت فهى لورثتك، فتنعقد هبة؛ لأن هذه الهبة بعينها.

الثانية: أن يقول: أعمرتك هذه الأرض، أو جعلتها لك عمرك ولم يزد على ذلك، فهذه أيضا تصح هبة، ويرثها ورثة الموهوب له؛ لقوله: ﷺ: «العمرى ميراث لأهلها»[٢] وعن جابر - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ [قال][٣]: «لا تعمروا طمعًا فى أن

---

(١) الأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾ وأخبار صحيحة كخبر الترمذى الآتى فى الكلام على الرجوع فيها وخبر الصحيحين «لا تحقرن جارة لجارتها ولو فرسن شاة» أى ظلفها وخبر البخارى «لو دعيت إلى كراع لأجبت ولو أهدى إلى ذراع لقبلت» والكراع قيل كراع الغميم وهو واد بين مكة والمدينة أمام عسفان بثمانية أميال وقيل جبل أسود فى طرف الحرة، واستبعد ذلك الإمام والقاضى ورجحا أنه كراع الغنم لأجل ذراع الشاة ويؤيده رواية الترمذى عن أنس «لو أهدى إلى كراع لقبلت ولو دعيت عليه لأجبت». وأركانها ثلاثة عاقد ومعقود عليه وصيغة وهى لغة: إعطاء شىء بلا عوض، وشرعا: ما ذكره بقوله (الهبة) أى: بلا ثواب وهى المرادة عند الإطلاق (التمليك من غير عوض) فى الحياة وأورد عليه بما لو أهدى لغنى من لحم أضحية أو هدى أو عقيقة، فإنه هبة ولا تمليك فيه، ويجاب بمنع أنه لا تمليك فيه بل فيه تمليك لكن يمنع من التصرف فيه بالبيع ونحوه كما يعلم من باب الأضحية ولو كان ذلك تمليك الأدنى من الأعلى فإنه هبة فلا يلزم فيها عوض كما فى عاريته له إلحاقا للأعيان بالمنافع.

(٢) أخرجه مسلم (٣١/ ١٦٢٥).

(٣) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

يعود إليكم».

وليس فى توقيت التمليك بالعمرى ما ينافى كونها موروثة لعقبه، بل شرط الانتقال إلى الوارث أن يملكها الموروث، إلى آخر عمره.

الثالثة: أن يقول: جعلتها لك عمرك أو حياتك، فإذا مت عادت إلىَّ أو إلى وارثى إن مت، والأكثرون على أن هذه هبة صحيحة والشرط باطل وهو القول الجديد، وكأنه أخذ بإطلاق الأحاديث الصحيحة، وعدل عن مقتضى القياس فى الشروط الفاسدة.

وأما الرقبى فهى أن يقول: وهبت لك هذه الدار عمرك، على أنك إن مت قبلى عادت إلىَّ، وإن مت قبلك استقرت عليك[(١)]، [وكذلك إذا قال: أرقبتك هذه الدار أو جعلتها لك رقبى فإن ذلك معناها، وحكمها حكم الحالة الثالثة من العمرى؛ لأن قوله: وإن مت قبلك استقرت لك][(٢)] لا أثر له فى المنع، وبقى: إن مت قبلى عادت إلى: فهى كالعمرى فتصح على الصحيح ويبطل الشرط، وهو معنى قوله فى الأصل ولا يعود.

وأما إذا وقت بغير عمر المتهب، كوهبت لك هذه الدار عمر زيد، أو عمرى أو سنة ونحوها لم تصح؛ وذلك لأنه قد يموت قبل الموهوب له فيكون الملك مؤقتًا بزمان ينقضى وهو حى، فينافى الإملاك الذى انتهى بانتهاء العمر.

وقوله: ولا بعت بلا ثمن ولا [بلا][(٣)] تعليق.

أى: لا تصح الهبة بلفظ البيع، فإذا قال: بعتك هذا العبد بلا ثمن لم يملكه؛ لتنافى اللفظين، ولا يجوز تعليق الهبة بالشرط، كقوله: إذا جاء رأس الشهر فقد وهبتك هذه.

وقوله: وهبة دين لمدين إبراء.

أى: ويجوز هبة الدين ممن هو عليه، ويكون إبراءً لا يحتاج إلى القبول على المذهب فلا يجوز هبته من غيره، على المذهب.

وقوله: وإنما تملك هبة بقبض ولو وارثًا من مثله.

أى: الهبة لا تملك إلا بالقبض، فلو وهب ولم يقبض، ثم ماتا، أو أحدهما - لم يبطل العقد، لكن يقوم فيه الوارث مقام مورثه فلوارثيهما الخيار كما كان لهما، وإن طالب وارث المتهب بالقبض، وأذن فيه وارث الواهب فقبض - حصل الملك، وإلا فلا.

وقوله: وكفى فى هدية، وهو ما ينقل إكرامًا، بذل وقبض، كصدقة لله تعالى ولا ثواب، ولو لأعلى.

---

(١) فى ط: لك.
(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٣) سقط فى ط.

أى: ولا يشترط القبول والإيجاب فى الهدية والصدقة على الصحيح، والهدية والصدقة نوعان من الهبة، فإن الهدية ما يحمل إلى المهدى إليه على نية الإكرام والصدقة وما وهب لله تعالى وابتغاء الثواب من عند الله، فقد كانت الهدية تحمل[١] إلى رسول الله ﷺ فيقبلها[٢] ولا لفظ هناك، ومازال السلف على ذلك، يبعثون بها على أيدى الصبيان الذين لا عبارة لهم، ولا يجب فى الهبة ولا فى الهدية عوض، ولو كانت من الأدنى إلى الأعلى على الصحيح.

ولم يكتف فى الحاوى بالبذل والقبض عن الإيجاب والقبول إلا فى الهدية، وإن اقتضى أن الصدقة عنده يشترط فيها الإيجاب والقبول، والصحيح أنه لا يشترط فيها، وأن حكمها وحكم الهدية واحد، وقد صرح بذلك فى العزيز والروضة.

وقوله: ولأصل وهب لفرع رجوع بزائد اتصل، وإن غرس ودبر وآجر، وزوج، وتخلل عصير، كبائع فسخ.

أى: وللأصل وهو من له ولادة من أب وأم وجد وجدة من الطرفين، إذا وهب[٣] لفرعه شيئًا أن يرجع فيه، فيأخذه مع الزيادة المتصلة لا المنفصلة، وقد سبق فى الرد بالعيب أن الحمل له حكم المنفصل إن حدث فيكون الحمل على هذا للولد إن حدث، وإلا فهو للوالد وإن انفصل[٤]، ولو وهب له أمة فدبرها أو أجرها أو زوجها أو وهب له عصيرًا فصار خمرًا ثم خلًّا، أو أرضًا فغرسها أو بنى فيها، جاز له أن يرجع فى الموهوب مع ما ذكرناه كالبائع يفسخ بعيب الثمن فيرجع إلى المبيع مع هذه الزيادة والتغير المذكور، وللغراس والبناء حكمه فى العارية.

وقوله فى الحاوى: ويرجع الأصل بالزائد المتصل إلى آخره، فيه أمران:

أحدهما: قوله: ويرجع الأصل، ولو أسقط الرجوع كالبائع، مقتضاه أن البائع يرجع فى المبيع بالزائد ونحوه وإن أسقط الرجوع مع أنا نعلم مراده استواؤهما فى الرجوع، لا فى إسقاطه، لكن اللفظ لا يخليه ومراده.

الثانى: قوله: ويرجع ولو أسقط الرجوع وانفك الرهن والكتابة، فعطف وانفك على قوله: ولو أسقط، فاقتضى أن يكون رجوعه قبل انفكاك الرهن والكتابة أولى من رجوعه بعده، كما أن الرجوع قبل الإسقاط ونحوه أولى منه بعده، ومعلوم أنه لم يرد ذلك.

---

(١) فى ط: بالحمل.
(٢) فى ط: فقبلها.
(٣) فى ط: ووهب.
(٤) فى ط: وإن الفصل.

وقوله: لا إن تفرخ أو نبت أو تعلق به حق، أو كاتبه ولم ينفك، أو زال ملكه وإن عاد برجعت نقضت ونحوه وإن أسقط الرجوع لا يتصرف ووطء.

أى: ويرجع فيما وهب لولده إلا إذا كان الموهوب بيضًا فتفرخ أو بذرًا فبذره ونبت؛ لأن الموهوب استهلك وهو فى ملك الفرع؛ وكذلك لا يرجع فى الموهوب إذا وهبه[١] الفرع وأقبضه؛ أو كان عبدًا وكاتبه، لم ينفك الرهن والكتابة، وكذا كل حق يتعلق به من أرش الجناية والغرماء بعد الحجر، ولا أثر لحجر السفيه، وهو يرد على الحاوى فى قوله[٢]: ما يليه، فإنه هنا قد ارتفعت ولايته بالسفه ولم يرتفع الرجوع.

وللأب أن يفدى الجانى بكل الأرش[٣]، والمرهون بكل الدين، لا بالقيمة فقط، ثم يرجع؛ لأن له أن يقضى دين الأجنبى، لكن يشترط فيه رضا الغريم، فإذا انفك فى كل هذا فله الرجوع، أما إذا زال ملكه عنه فإنه لا يرجع فيه على الصحيح؛ وإن عاد إلى ملك الولد[٤] بفسخ أو شراء أو إرث ونحوه، فإن وهب لولده[٥] شيئًا فوهبه لجده، ثم وهبه الجد له ثبت الرجوع فيه للجد لا للأب، وإنما يرجع باللفظ، نحو: رجعت فيما [وهبته لك ونقضته وفسخته ونحوه، وله أن][٦] يرجع، وإن أسقط الرجوع؛ لأنه رجوع متعلق ببقاء الموهوب لم يوجبه على عين، فدام بدوامه، وإن تصرف الأب فيما وهب لولده فباعه أو وهبه أو أعتقه أو وطئ الجارية - لم يكن ذلك رجوعًا على الأصح، والوطء حرام، وإن قلنا: إنه رجوع لاستحالة حله لشخصين. والله أعلم.

* * *

(١) فى ط: إذا رهنه.
(٢) فى ط: وقوله.
(٣) فى ط: بأقل الأمرين.
(٤) فى ط: الوالد.
(٥) فى ط: له.
(٦) فى ط: وهبته له ونقلته وفسخته ونحوه فله أن.

اللقطة[1]

وقوله: باب: لحر ومبعض ومكاتب لقط ضائع، لا مميز بأمن، وندب إن وثق بدينه لحفظ وبسقوط وغفلة فيما لم تحزه يد، وثم مسلمون كدفين إسلامى لتملك أو اختصاص بنحو كلب.

أى: ويجوز للحر التقاط ما ضاع[2]؛ لما روى عن زيد بن خالد الجهنى، قال: «جاء

---

(١) اللقطة وزان رطبة كذلك قال الأزهرى: اللقطة بفتح القاف اسم الشىء الذى تجده ملقى فتأخذه، قال: وهذا قول جميع أهل اللغة وحذاق النحويين. وقال الليث: هى بالسكون ولم أسمعه لغيره واقتصر ابن فارس والفارابى وجماعة على الفتح ومنهم من يعد السكون من لحن العوام ووجه ذلك أن الأصل لقاطة فثقلت عليهم لكثرة ما يلتقطون فى النهب والغارات وغير ذلك فتلعبت بها ألسنتهم اهتماما بالتخفيف فحذفوا الهاء مرة وقالوا لقاط والألف أخرى وقالوا لقطة فلو أسكن اجتمع على الكلمة إعلالان وهو مفقود فى فصيح الكلام وهذا وإن لم يذكروه فإنه لا خفاء به عند التأمل لأنهم فسروا الثلاثة بتفسير واحد ويوجد فى نسخ من الإصلاح ومما أتى من الأسماء على فعلة وفعلة وعد اللقطة منها وهذا محمول على غلط الكتاب والصواب حذف والعارضى كما هو موجود فى بعض النسخ المعتمدة لأن من الباب ما لا يجوز إسكانه بالاتفاق ومنه ما يجوز إسكانه على ضعف على أن صاحب البارع نقل فيها الفتح والسكون واللقط بفتحتين ما يلقط من معدن وسنبل وغيره ولقط الطائر الحب فهو لاقط ولقاط مبالغة والإنسان لاقط أيضا ولقاط ولقاطة بالهاء ولكل ساقطة لاقطة بالهاء للازدواج فإذا أفرد وقيل لكل ضائع ونحوه قيل لاقط بغير هاء.

فهى بضم اللام وفتح القاف وإسكانها، ويقال لقاطة بضم اللام، ولقط بفتحهما بلا هاء وهى لغة الشىء الملقوط ويقال: اللقطة - بفتح القاف - اسم للملتقط - بكسرها - أيضا، وشرعا ما وجد من حق ضائع محترم لا يعرف الواجد مستحقه(والأصل فيها قبل الإجماع خبر الصحيحين عن زيد ابن خالد الجهنى «أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن لقطة الذهب أو الورق فقال: اعرف عفاصها ووكاءها، ثم عرفها سنة فإن لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك فإن جاء صاحبها يوما من الدهر فأدها إليه، وإلا فشأنك بها، وسأله عن ضالة الإبل فقال: مالك ولها دعها فإن معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها، وسأله عن الشاة فقال: خذها فإنما هى لك أو لأخيك، أو للذئب» وفرق بينها وبين المال الضائع بأن الضائع ما يكون محرزا بحرز مثله كالموجود فى مودع الحكم وغيره من الأماكن المغلقة ولم يعرف مالكه، واللقطة ما وجد ضائعا بغير حرز وفى الفرق نظر يتلقى مما يأتى آخر الباب وفى الالتقاط معنى الأمانة، والولاية من حيث إن الملتقط أمين فيما التقطه والشرع ولاه حفظه كالولى فى مال الطفل وفيه معنى الاكتساب من حيث إن له التملك بعد التعريف.

(٢) اختلف الفقهاء فى حكم الالتقاط فذهب الحنفية إلى أنه يندب رفع اللقطة من على الأرض إن أمن الملتقط على نفسه تعريفها وإلا فالترك أولى من الرفع وإن أخذها لنفسه حرم لأنها كالغصب فى هذه الحالة ويفرض عليه أخذها إذا خاف من الضياع لأن لمال المسلم حرمة كمال نفسه فلو تركها حتى ضاعت كان آثمًا ويرى المالكية أنه إن كان الملتقط يعلم من نفسه الخيانة كان الالتقاط حرامًا وإن كان يخاف أن يستفزه الشيطان ولا يتحقق من ذلك فيكون مكروهًا وإن كان يثق بأمانة نفسه فإما أن يكون بين ناس لا بأس بهم ولا يخاف عليهم الخونة وإما أن يخافهم فإن خافهم وجب عليه الالتقاط وإن لم يخفهم فلمالك ثلاثة أقوال: الأول: الاستحباب مطلقًا، الثانى: الاستحباب فيما له بال فقط، الثالث: الكراهة.

رجل إلى رسول الله ﷺ فسأله عن اللقطة فقال: «اعرف عفاصها ووكاءها، ثم عرفها سنة، فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها، فقال فضالة: الغنم؟ فقال: هى لك أو لأخيك، أو للذئب، قال فضالة: الإبل؟ قال: مالك ولها؟ معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها»[1].

ويدخل فى قوله: لحر، المسلم والذمى؛ فإن له الالتقاط فى دار الإسلام على الأصح تغليبًا بمعنى الاكتساب، ويدخل فيها الفاسق أيضًا لكن يكره وسيأتى الكلام فيه، ويخرج العبد وسيأتى ذكره، ويصح التقاط من بعضه حر وبعضه رقيق على المنصوص، ويصح من المكاتب كتابة صحيحة لاستقلاله بالملك كالحر، فالالتقاط جائز لهؤلاء، مندوب لمن وثق منهم من نفسه بالأمانة وعدم الخيانة، فإن لم يثق لم يستحب وإن لم يكن فاسقًا.

ويدخل فى قوله: ضائع المال وغيره مما يقتنى كالكلب والخمر المحترمة، وما ضاع بسقوط وغفلة وما ألقته الريح فى دارك أو طرحه فى حجر كهارب[2]، أو وجد فى حرم مكة أو غيره أو فى موات أو مملوك، والجارية ولو غير المحترمة[3]، وما يمتنع من صغارالسباع فى المفازة وغيرها، كل هذا يجوز التقاطه للحفظ، إلا الرقيق المميز وقت الأمن فإن كان خوف جاز التقاطه لحفظه ويملكه، ثم إن كان الضياع بسقوط أو غفلة من المالك ووجد فى دار الإسلام أو فى دار الحرب وثم مسلمون، جاز التقاطه بقصد التملك أيضًا، أما إذا لم يكن هناك مسملون فهو غنيمة للملتقط، ويجب خمسها لأهل الخمس، ويشترط أن يوجد فى موات أو شارع أو مسجد، فأما إذا وجد فى مملوك أو موقوف فإنه لا يؤخذ للتملك، بل هو لصاحب [اليد من مالك أو مستأجر أو مستعير، فإن لم يدعه فلمن قبله إن أمكن وهكذا][4] إلى المحيى، ثم هو لقطة يجوز أخذها بقصد التملك، كما يجوز أخذ الكنز المدفون فى دار الإسلام بقصد التملك بالتعريف وما ينتفع به، ولا يملك كجلود الميتة، والخمر المحترمة، وكذا الكلب - حيث جوزنا التقاط ما يمتنع من صغار السباع جاز التقاطه للاختصاص، ويجب تعريفه سنة.

وقوله: لا بالحرم وأمة تحل له، ولا ممتنع من صغار سباع، بمفازة آمنة، ولا ما قارن لقطه قصد خيانة، بعد تعريف، ما يقصد، ووجب، وإن حفظ، وأكل، وندب بأوصاف

---

(١) أخرجه البخارى (٢٤٢٩) ومسلم (١٧٢٢).

(٢) فى ط: فى حجرها زائر.

(٣) فى ط: ولو محترمة.

(٤) فى ط: اليد إن أمكن فإن لم يدعه فلمن قبله من مالك أو مستأجر أو مستعير وهكذا.

كإشهاد بها فقليل بقدره وكثير سنة، وإن تفرقت، ويعرف [فى][(١)] كل يوم مرتين، ثم مرة، ثم كل أسبوع، ثم كل شهر.

أى: لا يجوز الالتقاط للتملك فى حرم مكة؛ لقوله ﷺ: «لا تحل لقطتها إلا لمنشد»[(٢)] أى لمعرف على الدوام لا للتملك، وإلا فسائر البلاد كذلك[(٣)].

وكذلك لا يجوز أن يلتقط أمة للتملك إن كانت ممن يحل له وطؤها بالملك؛ لأن التملك يبيح الوطء فامتنع كامتناع إقراضها، فإن كانت محرمًا له جاز تملكها إن جاز التقاطها، إن كانت غير مميزة أو فى زمن مخوف.

وكذلك ليس له أن يتملك ما يمتنع من صغار السباع إما بقوته كإبل، أو بعدوه كظبى والأرنب المملوك أو بطيرانه إذا كانت فى مفازة آمنة، فإن كان زمن خوف[(٤)] أو نهب جاز التقاطها للتملك، ولا يملكها بالتعريف كغيرها، وكذلك إذا وجدت فى البلد فإنه يجوز التقاطها للتملك أيضًا؛ لأنه لا يؤمن [عليها فى البلاد][(٥)] من أيدى الخونة، أما ما لا يمتنع من صغار السباع كالغنم والكثير[(٦)] من غيره، فإنه يجوز أخذه للتملك فى البلد والمفازة، ولو أخذ اللقطة بنية الخيانة صار غاصبًا، ولم يجز له أن يتملكها بالتعريف إذا رجع عن تلك النية؛ لأن يده صارت غاصبة، فإن أخذها للحفظ أو للتملك، ثم نوى الخيانة أو أن يتصرف فيها، لم يصر خائنًا بالنية.

---

(١) سقط فى ط.

(٢) أخرجه البخارى (٢٤٣٣) ومسلم (١٣٥٣/٤٤٥) عن ابن عباس.

(٣) لا فرق عند جمهور الفقهاء بين لقطة الحرم والحل فى الأحكام الفقهية من أن أخذها من غير نية التملك مأذون فيه شرعا، وصرح بعضهم بوجوب الأخذ إذا خاف الضياع، وهى أمانة فى يد الآخذ (الملتقط) ويشهد على أخذها، لقوله صلى الله عليه وسلم: «من وجد لقطة فليشهد ذا عدل أو ذوى عدل، ولا يكتم، ولا يغيب، فإن وجد صاحبها فليردها عليه، وإلا فهو مال الله عز وجل يؤتيه من يشاء». ويجب تعريف اللقطة إلى سنة أو إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها. وتختلف بعض أحكامها على حسب اختلاف نوعية اللقطة وقيمتها، وهل يملكها بعد التعريف أو يتصدق بها أو يحبسها فى ذلك خلاف وتفصيل وفى الصحيح عند الشافعية وهو رواية عن أحمد وقول الباجى وابن رشد وابن العربى من المالكية: إنه لا تحل لقطة الحرم للتملك بل تؤخذ للحفظ ويجب تعريفها أبدا، لحديث: «فإن هذا بلد حرم الله، لا يلتقط لقطته إلا من عرفها» ففرق بينها وبين لقطة غير الحرم، وأخبر أنها لا تحل إلا للتعريف، ولم يوقت التعريف بسنة كغيرها. فدل على أنه أراد التعريف على الدوام. والمعنى فيه أن حرم مكة شرفها الله تعالى مثابة للناس يعودون إليه المرة بعد الأخرى، فربما يعود مالكها أو يبعث فى طلبها بعد السنة.

(٤) فى ط: كانت من مخوف.

(٥) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٦) فى ط: كالغنم الكسير.

وفهم من هذا أن من أخذها بنية الحفظ ولم ينو حفظًا ولاملكًا ولا خيانة أن له إحداث نية التملك بالتعريف.

ويجب تعريف [اللقطة وإن أكلت، فإذا وجد رطبًا][١] لا تتمر أو عنبًا لا يتزبب فتملكه وأكله كما سيأتى، فإنه يلزمه التعريف بعد الأكل على الأصح.

وإنما يجب تعريف اللقطة، إذا كانت مما يتمول[٢] أو مما ينتفع به نفعًا يقصد، فإن قصد التملك فالتعريف شرط فى صحته، وهل يجب إذا قصد الحفظ أيضًا؟ قال فى العزيز والروضة: فيه وجهان: أصحهما عند الإمام والغزالى: وجوبه؛ لئلا يكون كتمانًا مفوتًا للحق[٣] على صاحبه، الثانى - وبه قطع الأكثرون -: لا يجب، قال النووى: الأول أقوى، وهو المختار.

وقال الأذرعى: وصححه صاحب الكافى والنووى فى شرح مسلم، وبه جزم البغوى، وظاهر كلام الماوردى الجزم به، قال: وهو الصحيح انتهى، وقد قطع به فى الإرشاد، بقوله: وإن حفظ، ويستحب إذا عرف أن يذكر من أوصافها شيئًا، ولا يستوعب أوصافها، ومن استوعب أوصافها، فادعاها آخر وأخذها كاذبًا ثم ظهر مالكها - ضمن، على الأصح، وقيل: يجب أن يذكر بعض الأوصاف، والصحيح أنه يكفى أن يقول: من ضاع منه شىء، والأولى أن يتعرض للعفاص وهو الوعاء، هكذا ذكره، وقال فى الصحاح: والعفاص جلد يلبس رأس القارورة، وأما الوكاء فهو الحبل الذى يربط به، ومكان الالتقاط وتاريخه وجنسه؛ أذهب أم فضة؟ ويستحب لمن وجد اللقطة: أن يشهد على نفسه، إنى وجدت لقطة، ويصفها للشهود بالأوصاف التى يندب أن يعرفها ولا يزيد عليها[٤]؛ للحديث: «فليشهد عليها»[٥] ويعرف القليل بقدره؛ ولو بعد أكل ما جوزنا له أكله، فأما ما لا يقصد نفعه فلا يجب تعريفه، وأما القليل فالأصح أنه ما يغلب على الظن أن فاقده لا يكثر أسفه

(١) فى ط: اللقطة فإذا كانت رطبة.
(٢) فى ط: يتناول.
(٣) فى ط: للحفظ.
(٤) ذهب المالكية والشافعية فى المذهب والحنابلة إلى أنه يسن الإشهاد على اللقطة حتى يجدها لأن فى الإشهاد صيانة لنفسه عن الطمع فيها وكتمها وحفظها من ورثته إن مات ومن غرمائه إن أفلس ويشهد عليها سواء كان الالتقاط للتملك أم للحفظ، وذهب الحنفية وهو مقابل المذهب عند الشافعية إلى وجوب الإشهاد للحديث الذى ساقه المصنف والحكم كذلك عند المالكية إذا تحقق أو ظن ادعاء ملكيتها ويكون الإشهاد بقوله على مسمع من الناس إنى التقطت لقطة أو عندى لقطة فأى الناس أنشدها فدلوه على فإذا أشهد عليها ثم هلكت فالقول قول الملتقط ولا ضمان عليه ويذكر فى الإشهاد بعض صفات اللقطة ليكون فى الإشهاد فائدة ولا يستوعب صفاتها لئلا ينتشر ذلك فيدعيها من لا يستحقها.
(٥) أخرجه أحمد (١٦١/٤) وأبو داود (١٧٠٩) وابن ماجه (٢٥٠٥).

عليه ولا يطول طلبه له غالبًا، فيعرفه على قدر الطلب فى مثله، أما غير ذلك فيجب تعريفه سنة، ولا يجب أن تكون متصلة بالالتقاط بل يجب التأخير على الأصح؛ ولا يشترط أن تكون السنة متصلة، بل لو عرف سنة من سنتين أو ثلاث جاز، ولا يشترط أن يستوعب السنة بالتعريف، بل كالعادة فيعرف فى الابتداء كل يوم مرتين فى طرفى النهار، [ثم فى كل يوم مرة][١] ثم فى كل أسبوع مرتين ثم مرة، ثم فى كل شهر كذلك، بحيث لا ينسون[٢] أنه تكرير لما مضى، ولابد من التملك باللفظ، وأما ما لايتمول[٣] فيأخذه من غير تمليك؛ إذ لا يصح تملكه.

وقوله فى الحاوى: للحر وحر البعض، إلى قوله: فى كل شهر، فيه أمور:

أحدها: قوله: للحر لقط ما ضاع بسقوط للحفظ، يوهم أنه لا يجوز التقاط ما ألقته الريح فى داره للحفظ، وليس كذلك، بل له ذلك، وإنما منع التقاطه للتملك.

الثانى: أنه اكتفى بالسقوط ونحوه، فاقتضى أن وجوده فى المملوك يجوز أخذه للتملك، وليس كذلك كما ذكره الأصحاب.

الثالث: أنه يشترط أن يكون ذلك فى دار الإسلام، أو فى دار الحرب وفيه مسلمون وإلا فهو غنيمة كما بيناه.

الرابع: قوله: كدفين بلا ضرب الجاهلية، اعتبر الضرب وليس كذلك، بل المعتبر الدفن، فلو كان الدفن إسلاميًا وعليه ضرب الجاهلية، فهو لقطة؛ حملاً على أنه أخذه مسلم أو ذمى ودفنه.

الخامس: قوله: إلا المميز، يقتضى أن المميز لا يلتقط مطلقًا، وليس كذلك، بل إذا كان زمن نهب أو خوف جاز التقاطه للتملك كما سبق، قاله فى العزيز والروضة.

السادس: قوله: لا الممتنع من صغار السباع فى المفازة، [ليس على إطلاقه، بل ذلك إذا كان وقت أمن، فأما فى وقت خوف وفساد فالمفازة][٤] كغيرها يجوز أخذه للتملك والحفظ.

السابع: قوله: ولا تعريف عليه؛ إذ المعنى إذا قصد الحفظ، وقد بينا أن الذى صححه الإمام والغزالى وقال النووى: إنه الأقوى، والمختار أنه يجب[٥] التعريف مطلقًا.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) فى ط: لا ينسب.
(٣) فى ط: لا يتحول.
(٤) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٥) فى ط: يستحب.

الثامن: أن القائل بأن التعريف لا يجب إذا قصد الحفظ يوجبه فى لقطة الحرم، ومقتضى إطلاقه أنه لا يجب فى الحرم ولا فى غيره.

التاسع: قوله: حالا إن لم يتمول، مقتضاه أن ما يباح بشرط تملكه، وقد قال الإمام: إن ما لا يتمول يعنى لقلته لا يتملك، وتردد فى جواز هبته، وقال: إنما يعيده الاختصاص به كالكلب، إذا جوزنا هبته، قال: والجواز[١] فى هذا أبعد لعدم نفعه، والذى فى الروضة: أن ما لا يتمول لقلته لا يجب تعريفه، ولأخذ الاستبداد به[٢] ولم يشترط تملكًا، وعبارة التتمة: فله أن ينتفع به من غير تعريف، ولم يتعرضوا للتملك.

العاشر، والحادى عشر: قوله: وما يقل إن عرف تقديره، بذكر الصفات وعليه مؤنة، ولغيره سنة، يوهم اختصاص هذين الحكمين بالقليل دون الكثير، وليس كذلك.

الثانى عشر والثالث عشر: قوله: متصلة، تبع فيه الوجيز حيث قال: الثانى[٣]: التعريف وهو واجب سنة عقيب الالتقاط، قال فى الروضة: وفى وجوب المبادرة بالتعريف على الفور وجهان الأصح الذى يقتضيه كلام الجمهور: لا يجب، بل المعتبر تعريف سنة متى كان، وأيضًا مقتضاه أنه لا يجوز تفريق السنة إذا شرع فيها، والصحيح الذى قطع به العراقيون كما قال الرافعى وصححه البغوى: أنه [لا][٤] يجوز؛ لأنه قد عرف سنة.

وقوله: فى بلده أو فى بلد ونحوه، إن وجد بصحراء، ومؤنه على متملك.

أى: ويجب أن يعرف فى بلد الالتقاط إن التقط ببلد، وإن التقط بالصحراء لم يفد التعريف فيها، فيعرف حيث يفيد مثل البلد ومثل أن تمر قافلته، وإن رجع إلى بلد أو قصد بلدة أخرى عرف فيها، ولا يكلف أن يغير قصده[٥]، ويعدل إلى أقرب البلاد على الأصح، وليكثر التعريف فى موضع الالتقاط من البلد وفى الأسواق، ومجامع الناس وأبواب المساجد، ويكره أن يعرف فيها وينشد ضالة، ونقل الرافعى عن الشاشى[٦] أن الأصح إباحة التعريف فى المسجد الحرم، بخلاف سائر المساجد، ومؤنة التعريف على الملتقط إن قصد التملك سواء جاء صاحبها أم لا؛ وإن قصد الحفظ وعرف فهو متبرع، وإن قلنا: يجب عليه التعريف رفع الأمر إلى الحاكم؛ ليبيع له منها ما يعرفها به.

---

(١) فى ط: قال لا يجوز.
(٢) فى ط: الاشتداد به.
(٣) فى ط: الثالث فى.
(٤) سقط فى ط.
(٥) فى ط: يعين قصده.
(٦) فى ط: الشاش.

وقوله: وباع حيوانًا وما يفسد بحاكم وجد، أو تملك وأكل لا حيوانا ببلد، ولقيطة[١] باع ما يجف.

أى: وإذا وجد ما [لا][٢] يمتنع من صغار السباع كالشاة والعجل وما يمتنع[٣] حيث جوزنا التقاطه، بأن كان فى البلد أو فى مفازه غير آمنة، فإن كان فى مفازة فهو مخير بين أن يتملكه ويأكله، وبين أن يبيعه إن وجد هناك من يشتريه ثم يحفظ ثمنه، وأما إن وجدها فى العمران أو نقلها إليه، فإنه لا يجوز له أكلها على الصحيح؛ لأن بيعها يسهل هناك وأما ما يفسد كالهريسة والبطيخ والعنب والرطب، فإن له أن يتملكه ويأكله، سواء كان فى بلد أو صحراء على الأصح، وله أن يبيعه ويحفظ ثمنه، وهذا البيع إنما يكون بإذن الحاكم، فإن باع بلا إذن - وثم حاكم - ضمن، وإن لم يكن حاكم فله الاستقلال بالبيع، وإن كان مما يمكن تجفيفه من العنب والرطب والتين، لم يؤكل، لكن إن كان منعه رطبا أغبط بيع، وإلا وجب تجفيفه[٤]، فيرجع إلى الحاكم ليأذن له فى بيع شىء منه لتجفيفه به إن لم ينتزع.

وقوله فى الحاوى: وهو أمانة ما لم يتملك وثمنه إن باع بالحاكم إن كان، ويأكله إن فسد كالشاة أو فى الصحراء أو جفف إن أمكن، والاختصاص بالكلب[٥]، فيه أمور:

أحدها: قوله: وهو أمانة وثمنه إن باع، يوهم تجويز بيع كل لقطة بالحاكم، وبهذا فسره القونوى، فقال: ويفهم من ذلك جواز بيعه، فعلى هذا يكون الملتقط بالخيار فى كل لقطة بين إمساكها وبين بيعها؛ لأنه ثابت بالملك فى الحفظ فكذا فى البيع، انتهى، وليس كذلك بل بيع اللقطة لا يجوز إلا للضرورة، كما إذا كانت تفسد كالهريسة ونحوها، أو تأكل نفسها كالحيوان.

الثانى: قوله: ويأكله إن فسد، لا يعنى أن جواز الأكل متوقف على الفساد، بل يعنى: ويأكله إن كان مما يفسد سريعًا كالهريسة.

الثالث: قوله: كالشاة، مقتضاه أن الشاة تؤكل فى العمران أيضًا؛ لأنه جعلها مثالاً لما يؤكل، وهو يؤكل فى الصحراء والعمران، وذلك وجه، والصحيح فى العزيز والروضة، وغيرهما المنع من أكل الشاة فى العمران.

الرابع: قوله: أو فى الصحراء، لا حاجة إليه؛ لأنا إذا جوزنا الأكل فى البلد ففى

---

(١) فى متن «الإرشاد»: لغبطة.
(٢) سقط فى ط.
(٣) فى ط: وما لا يمتنع.
(٤) زاد فى أ من العنب والرطب والتين، لم يؤكل، لكن ... كان ... رطبا ... بيع، وإلا وجب تجفيفه.
(٥) فى ط: بالكلية.

الصحراء أولى، ولعل لفظه أو غلط من الناسخ ومع حذفها يزول الإشكال، وقد تشابه عليه في التيسير، فقال: وله أن يأكل من الملقوط إن كان يفسد كالهريسة والشاة التي تفسد لمرض ونحوه، سواء وجده في العمران أو في الصحراء، وأن يأكل الحيوان الذي [لا][١] يمتنع من صغار السباع في الصحراء دون العمران، وهذا الذي قاله صحيح في نفسه، لكن جعل الشاة مثالا لما يفسد وأنه يأكل مطلقًا أو في الصحراء إن لم يفسد يلزم اطراد[٢] الحكم في الجميع، ولا خلاف أن ما لا يفسد لا يؤكل في الصحراء والعمران فيفطن له.

الخامس: قوله: أو جفف، مقتضاه التخيير بين الأكل والتجفيف، والبيع ليس على إطلاقه، بل والصحيح[٣] أن ما كانت الغبطة في تجفيفه، لا يجوز بيعه رطبًا ولا أكله كما نصوا عليه، بل يجفف ويصرف عليه من بعضه بإذن الحاكم.

السادس: قوله: وللاختصاص بالكلب، لو قال: كالكلب ليدخل ما في معناه من جلد الميتة والخمر المحترمة، لكان أولى.

وقوله: وهو وثمنه قبل تملك أمانة، وإن طرأ قصد الخيانة.

أى: والملقوط أمانة في يد الملتقط لا يضمنه قبل التملك إلا بالتفريط، فإن باعه حيث يجوز بيعه كما أمر به لم يضمن، وإن خالف فباع ما لا يجوز بيعه من غير الحيوان مما لا يفسد أو باع ما يفسد ونحوه استقلالًا وهناك حاكم ضمن[٤]، أما بعد التملك فإنه من ضمان الملتقط، وليس التعريف التام ومضى مدته بنية التملك كالتملك بل هو أمانة، ولو وقف سنتين ما لم يتملك، ولو التقط للحفظ أو للتملك ثم نوى أن يخون[٥] ولم يفعل، لم يضمن؛ كالوديع ينوى الخيانة[٦] لا يصير ضامنًا بمجرد النية.

وقوله: وعرف فاسق لقط بمشرف، ونزع منه قاض، ومن صبي ولي، وعرف وتملك حيث يقترض له، وضمن صبي بإتلاف، لا تلف، وبهما ولي، قصر، وعبد لقط بلا إذن في رقبته مع سيد علم وأهمل أو أقر[٧] معه، وهو خائن والأخذ منه لقط مبرئ.

أى: وإذا التقط الفاسق صح التقاطه[٨]، وإذا أراد التعريف بنفسه ضم الحاكم إليه

(١) سقط في أ.
(٢) في ط: والمراد.
(٣) في ط: بل والأصح.
(٤) في ط: حاكم منها.
(٥) في ط: يحوز.
(٦) في ط: سوى الجناية.
(٧) في ط: قرر.
(٨) في ط: مع التقاطه.

مشرفًا؛ لأنه غير مأمون، ثم ينزع الحاكم اللقطة من يده ويجعلها مع عدل.

ويصح التقاط الصبى لكن إذا علم الولى انتزع منه، ويعرفه الولى ويتملك له حيث يجوز الاقتراض عليه؛ لأن تملك اللقطة كالاستقراض، وإن لم يرد التملك له حفظه، أو سلمه إلى الحاكم، فإن علم ولم ينزعه منه حتى أتلف الصبى أو تلف بآفة سماوية، ضمن الولى لا الصبى؛ لأن عليه منعه من ذلك، وإن لم يعلم ضمن الصبى، ما أتلفه[(١)] - لا ما تلف بآفة سماوية - على الأصح.

ولا يصح لقط العبد بلا إذن على الصحيح[(٢)]، فإن لقط ضمن ولم يتعلق[(٣)] الضمان برقبته كالجناية، فإن أخذها من يده أحد، إما السيد أو غيره صار لقطًا، وبرئ العبد، من الضمان على الأصح، وإذا علم به السيد وقرره فى يد العبد إن كان العبد أمينًا جاز، وكأنه لقط واستعان به فى تعريف ما التقطه وحفظه، وإن كان خائنًا فهو متعد وكأنه أخذه منه ثم رده إليه فيضمن فى ذمته وفى رقبة عبده، وإن لم يأخذ من يد العبد ولا قرره فى يده، بل علم وأهمل - ضمن أيضًا حتى لو أفلس كان مالك اللقطة مقدمًا برقبة العبد كالمجنى عليه.

وأما إذا التقط بإذنه بأن قال له: إذا وجدت لقطة فخذها، فالأكثرون على صحة التقاطه، وتستثنى هذه المسألة من إطلاق الحاوى كما قاله القونوى والبارزى وصاحب التعليقة، وقال ابن النحوى: لا يرد عليه، وهو مأخوذ من قوله: كتقرير السيد فى يده من باب أولى، قلت: وقوله: من باب أولى عجيب؛ [فإن تقريره على ملتقط علمه لقطة منه ولم يبق للعبد إلا ولاية الحفظ فقط، فيكون تولية العبد الالتقاط أولى من][(٤)] تولية الحفظ إنما تكون من باب أولى إذا قال السيد وقد رأى اللقطة: التقط هذه واحفظها معك وعرفها، وهذه لا خلاف فى صحة الالتقاط فيها والملتقط هو السيد، وأما إذا قال له: إذا وجدت لقطة فالتقطها، قال ابن هريرة: لا يستفيد بهذا الإذن ولاية الالتقاط.

وقوله: ورد بحاكم[(٥)]، وجوازًا بتصديق واصف، وإن لم يبرأ وإن تملك، فبزوائد لا منفصلة وبأرش عيب بعد كبدل إن تلف، وقوم يوم تملك.

أى: إذا ظهر مالك الشىء الملقوط، وادعاه عند الحاكم، وأمره بتسليمه إليه - برئ من الضمان، سواء حكم له بمقتضى ما يعتقده، أو كان مالكًا يقضى بتسليمه إليه عند إصابته فى

(١) فى ط: وإن أتلفه.
(٢) فى ط: على الأصح.
(٣) فى ط: وتعلق.
(٤) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٥) فى متن «الإرشاد»: حاكم.

الوصف، فإن وصف المدعى للملتقط، فإن أصاب الواصف لكنه لم يصدقه لم يجز له تسليمه إليه، وإن صدقه جاز ولم يجب، فإن سلمه إليه وجاء من يدعيه، وأثبت عند الحاكم ضمن، وإذا ظهر أنه له وهو فى يد الملتقط، نظرت: فإن كان قبل أن يتملكه رده بزوائده المتصلة والمنفصلة، وإن حدث به عيب بغير تقصير لم يضمنه وإن كان بعد التملك رده بزوائده المتصلة دون المنفصلة بعد التملك؛ لأنها حدثت فى ملكه، وقد بينا فى الرد بالعيب وفى الهبة أن للحمل حكم الزوائد المنفصلة، وإن حدث به بعد التملك عيب ضمنه، فيرده مع أرش العيب، وإن تلف رد المثل إن كان مثليًّا والقيمة إن كان متقومًا، ويقوم بقيمة يوم التملك، وإن باعه لم ينقض البيع، فإن كان فى مدة الخيار فوجهان.



اللقيط[١]

وقوله: فصل: لحر عدل رشيد، لقط منبوذ، بإشهاد، وإن ميز وتربيته وفرضا.

أى: اعلم أن المنبوذ والملقوط[٢] اسم للولد الذى يوجد مطروحًا، ولما كان مناسبًا للقطة ذكر معها، ولقطه وتربيته فرض كفاية سواء كان مميزًا أم لا، وليس كل أحد أهلاً لالتقاطه، بل ذلك للحر المسلم العدل الرشيد، وإنما لم يذكر الإسلام؛ لأن العدالة تستلزمه، وذكر الرشيد؛ لأنه لا تستلزمه، فقد تجد عدلاً غير رشيد فى دنياه، فليس للكافر أن يلتقط المسلم ولا للفاسق والمبذر فينزع من أيديهم، وإذا التقطه الحر وجب عليه أن يشهد عليه[٣]، وإنما كان الإشهاد فى اللقطة مستحبًا، وها هنا واجب؛ لأن هناك المحفوظ

---

(١) اللقيط فى اللغة: الطفل الذى يوجد مرميًا على الطرق لا يعرف أبوه ولا أمه.

وفى المصباح: وقد غلب اللقيط على المولود المنبوذ.

واصطلاحًا عرفه الحنفية بأنه: اسم لحى مولود طرحه أهله خوفًا من العيلة أو فرارًا من تهمة الريبة.

وعرفه ابن عرفة من المالكية بأنه: صغير آدمى لم يعلم أبوه ولا رقه. وعرفه الشافعية بأنه: كل صبى ضائع لا كافل له.

وعرفه الحنابلة بأنه طفل غير مميز لا يعرف نسبه ولا رقه طرح فى شارع أو ضل الطريق ما بين ولادته إلى سن التمييز.

وقد ذهب جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن التقاط المنبوذ فرض كفاية إذا قام به بعضهم سقط عن الباقين وإلا أثموا جميعًا لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢] ولأن فيه إحياء نفس، قال تعالى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة: ٣٢] إذ بإحيائها يسقط الحرج عن الناس لأنه آدمى محترم.

وقال الشافعية والماليكة: هذا إذا لم يوجد غيره سيراه، فإن علم أنه لا يوجد غيره كان التقاطه فرض عين.

وذهب الحنفية إلى أن التقاط المنبوذ مندوب إليه لما روى أن رجلًا أتى سيدنا عليًا رضى الله تعالى عنه بلقيط فقال: (هو حر ولأن أكون وليت من أمره مثل الذى وليت أنت كان أحب إلى من كذا وكذا، عد جملة من أعمال الخير) فقد رغب فى الالتقاط وبالغ فى الترغيب فيه حيث فضله على جملة من أعمال الخير على المبالغة فى الندب إليه ولأنه نفس لا حافظ لها بل هى مضيعة فكان التقاطها إحياء لها معنى.

وهذا إذا لم يغلب على ظنه هلاكه، فإن غلب على ظنه هلاكه لو لم يرفعه بأن وجده فى مفازة ونحوها من المهالك كان التقاطه فرض كفاية، وإذا كان لا يعلم به غيره كان التقاطه فرض عين.

(٢) فى ط: واللقيط.

(٣) قال المالكية ينبغى للملتقط الإشهاد عند الالتقاط على أنه التقطه خوف طول الزمان فيدعى الولدية أو الاسترقاق، فإن تحقق أو غلب على الظن ذلك وجب الإشهاد.

وقال الشافعية: يجب الإشهاد على الالتقاط فى الأصح وإن كان الملتقط مشهور العدالة لئلا يسترق ويضيع نسبه، ويجب الإشهاد على ما معه بطريق التبعية.

ومقابل الأصح: لا يجب الإشهاد اعتمادًا على الأمانة.

المال، وهنا المحفوظ حرية ونسب، فوجب الإشهاد كما فى النكاح.

وقوله: ولعبد بإذن، لا مكاتب إلا نيابة، ولكافر لقط كافر.

أى: ويجوز للعبد لقط المنبوذ بإذن السيد؛ لأن اللقط حينئذ يكون للسيد، وأما المكاتب، فلا يصح التقاطه بإذن السيد على الأصح، قال الرافعى والنووى: فإن التقط بإذنه ففيه الخلاف فى تبرعاته بالإذن[1]، لكن المذهب هنا الانتزاع منه؛ لأن الالتقاط ولاية وليس من أهلها، فإن قال له السيد: التقط لى، فالتقط له بنيابة صح، كما يصح توكيله فى الاحتطاب والاصطياد على الأصح.

ويجوز للكافر [أن يلتقط الكافر][2] إذا كان حرًا عدلاً فى دينه، ويجوز للمسلم أن يلتقط الكافر؛ لأنه ربما كان سببًا لإسلامه.

وقوله: فى الحاوى: ولقط طفل نبذ بالإشهاد: وقد ذكر الطفل فى الجنايات - وأراد به من لم يميز - وفى صلاة الخوف - وأراد به من لم يبلغ - وهو هنا محتمل لما فيه من الاختلاف، والأصح كما فى العزيز والروضة: أنه يلتقط ما لم يبلغ.

وقوله: وقدم سابق، ثم مقيم بقرية، ثم بلدى، وببادية، لا مهلكة، استويا، ثم غنى، ومعلوم عدالة ثم أقرع ونقل إلى مثل ومن بدو لقرية، ومنهما لبلد ولا عكس.

أى: وإذا ازدحم على اللقيط جماعة، قدم السابق بالأخذ، ومنع من مزاحمته، فإن ازدحم على أخذه مقيم وظاعن قدم المقيم، هكذا نص عليه الشافعى فى المختصر كما قاله الرافعى والنووى، فلو وجد فى قرية وسبق إليه مقيم بها، وبلدى مسافر قال الرافعى: قال ابن كج[3]: القروى أولى، وهذا ترجيح[4] على قول منع النقل من بلد إلى بلد، فإن جوزناه فهما سواء، قال النووى: قلت: المختار الجزم بتقديم القروى مطلقًا، كما قاله ابن كج، وإنما يجوز النقل إذا لم يعارضه معارض، والله أعلم.

وإن اجتمع قروى وبلدى مسافرين على أخذ اللقيط، قدم البلدى.

= ومحل وجوب الإشهاد ما لم يسلمه له الحاكم فإن سلمه له سن ولا يجب.
وقال الحنابلة: يستحب للملتقط الإشهاد عليه كاللقطة دفعًا لنفسه لئلا تراوده باسترقاقه، كما يستحب الإشهاد على ما مع اللقيط من مال صونًا لنفسه عن جحده.

(١) فى ط: بلا إذن.

(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٣) هو: يوسف بن أحمد بن كج، القاضي أبو القاسم، الدينوري، أحد الأئمة المشهورين، وحفاظ المذهب المصنفين، وأصحاب الوجوه المتقنين، كان يضرب به المثل في حفظ المذهب، ومن تصانيفه «التجريد»، قال في «المهمات»: وهو مطول، وقد وقف عليه الرافعي.
تنظر ترجمته في: طبقات ابن قاضي شهبة (١/ ١٩٨)، طبقات السبكي (٥/ ٣٥٩).

(٤) فى ط: تخريج.

وإن اجتمع بدوى وحضرى على اللقيط فى البادية نظرت: فإن وجد فى حلة أو قبيلة، والبلدى[١] فى موضع راتب، فهما[٢] سواء، هكذا جزم به فى الروضة، ونقل عن ابن كج خلافه.

وإن وجد فى مهلكة فالبلدى أولى من البدوى والقروى، فإن استويا فى السبق والإقامة، وأحدهما غنى والآخر فقير، قدم الغنى؛ لأنه أغبط للقيط، وإن كان أحدهما أغنى فلا تقديم على الأصح، وكذلك إذا كان أحدهما معلوم العدالة، والآخر مجهول العدالة، فمعلومها أولى على الأصح فيهما، فإذا صار اللقيط فى يد واحد سواء وجده فى بادية أو قرية أو بلد، فله نقله إلى بلد آخر، فإن وجده فى قرية فله نقله إلى مثلها، وإلى بلد؛ [لأنه أرفق له، وإن وجده فى بادية فله نقله إلى مثلها وإلى بلد][٣] وقرية، ولا يجوز أن ينقل لقيطٌ وجد فى بلد أو فى قرية إلى بادية، فإذا وجد البدوى المتنقل الذى لا إقامة له لقيطًا فى بادية فهل يقر فى يده؟ وجهان، الأصح نعم.

[وقوله فى الحاوى: وقدم بالسبق ثم الغنى وظهور العدالة وينقل من بادية إلى قرية، ومنهما إلى بلد وعكسه، ومن كل إلى مثله، فيه أمور:

أحدها: قوله: وقدم بالغنى، قد يوهم أن الغنى كالسبق السابق فيه هو الأسبق، وليس الغنى فى اللغة هو الأغنى، فيوهم أن الأغنى أولى، والأصح خلافه، وكذلك يوهم قوله: وظهور العدالة، أن من كان أظهر عدالة أولى، وليس كذلك، بل يريد أن الغنى يقدم على الفقير فقط، وأن معلوم العدالة مقدم على مجهولها، ولا نظر إلى التفاوت فى الغنى وظهور العدالة على الصحيح.

الثانى: أنه لم يذكر المقيم مقدم على الظاعن، وقد بينا أن المنصوص تقديمه، وأن المختار ما قاله ابن كج؛ لأنه موافق للنص.

الثالث: لم يبين البلدى أولى من القروى والبدوى إذا كان اللقيط فى مهلكة، وأما ما ذكره من جواز النقل وعدمه، فذلك مفروض عند الانفراد كما قاله النووى ووافقه عليه من بعده][٤].

وقوله: واستقل بحفظ ماله كدار حوته، وما عليه وما تحته لا دفينًا وقريبًا، وأنفق منه

---

(١) فى ط: أو قرية والبدوى.

(٢) فى ط: وهما.

(٣) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٤) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

بقاض[١]، ثم أشهد، ثم هى على بيت المال ثم أغنياء بلده إقراض.

أى: وإذا التقط المنبوذ وله مال استقل الملتقط بحفظه فقط، ولا يتصرف ولا يخاصم فيه إلا بولاية من القاضى، ومن ماله ما ملكه بنحو وصية ونذر ووقف، فيقبل له القاضى ما يحتاج إلى القبول، وأما ما وجد تحت يده، فإن له يدًا، وإذا وجد فى دارحكم له بملكها وما فيها، وإن وجد فى نحو خلاء وعليه ثياب أو شىء مطروح أو دراهم مصبوبة فوقه أو فوق فراشه أو مربوطة فى ثيابه، أو تحت فراشه - فهى له، لا إن وجد شىء تحته مدفونًا أو قريبًا، ولو وجد فى ضيعة لم يكن له على الصحيح، ولو وجد معه دابة رسنها بيده أو مربوطة فى رجله، أو وسطه أو نحوه فهى له، إلا إذا كانت قريبًا منه، وينفق عليه الملتقط من ماله، بإذن القاضى، وإن استقل غرم ما أنفق، فإن لم يجد قاضيًا أشهد على الإنفاق، فإن لم يكن له مال فنفقته على بيت المال، فإن لم يكن اقترض عليه الإمام من بعض أغنياء بلد اللقيط، فإذا وجد له مال، أو ظهر له سيد قضى عنه وإلا قضى عنه الإمام من سهم المساكين والغارمين أو من بيت المال إن وجد، فإن امتنع الأغنياء من القرض قسطت نفقته قرضًا عليهم، ولهم الرجوع كما بيناه.

وقوله: ولقيط جوز من مسلم مسلم، كطفل أحد أصوله أو من[٢] سباه وحده مسلم، وإن كفر فأصلى إن أمكن، لا هذان، ولحق بذمى ادعاه، لا فى كفر حتى يثبت.

أى: إذا وجد اللقيط فى بلد يسكن فيه المسلمون حكم بإسلامه ولو كان دار حرب على الأصح، كما إذا كان فيها تاجرًا وأسير[٣] مسلم تغليبًا لحكم الإسلام.

واعلم أن الإسلام يحصل من المكلف بالمباشرة، وقد بيناه فى الحجر، ومن الصبى بحكم التبعية، وجهاتها ثلاث، الدار، وإسلام أحد الأصول والسابى، فالأول اللقيط بحكم بإسلامه تبعًا للدار يسكنها ولو مسلم كما بيناه، والثانى تبعية أحد الأصول، فإذا أسلم الأبوان أو أحدهما، وكذا جد أو جدة من أحد الجانبين، ولو كان من يدلى به حيًّا على الأصح، فإنه يتبعه فى الإسلام، فإن بلغ ووصف الكفر، فالأصح أنه مرتد، وقيل: إن لم تعلق به أمه فى الإسلام لم يكن مرتدًّا، فإن سبى مع أحد من أصوله لم يتبع السابى، بل يتبع الأصل؛ لأن تبعته أقوى، وإن سباه حربى أو ذمى لم يحكم بإسلامه - وإن ملكه مسلم - حتى يبلغ؛ لأن وقت التبعية قد زال، ولا يشترط أن يكون سابى الأصل والفرع

---

(١) فى ط: وانفق عنه بقاض.
(٢) فى متن «الإرشاد»: ومن.
(٣) فى ط: أو أَسِرَ.

واحدًا، بل يكفى أن يكون ذلك فى جنس واحد[١]، فإذا بلغ اللقيط الذى حكمنا بإسلامه ووصف الكفر لم يحكم بكونه مرتدًا بخلاف تابع أحد أصوله أو السابى، فإنه يكون مرتدًا على الأصح، وإذا ادعى اللقيط ذمى لحقه فى النسب لا فى الكفر؛ لأنا إنما صدقناه مؤاخذة له بإقراره بنسبه[٢] فلا يبطل له بإسلامه وقد حكمنا به - وإن احتمل أن يكون أباه - فإنه يحتمل أن تكون أمه أسلمت، نعم إن أقام بينة أنه ولده لحقه أيضًا فى الكفر.

وقوله فى الحاوى: واللقيط مسلم إن وجد حيث يسكن مسلم وإن استلحقه ذمى بلا بينة بعده، فيه أمران:

أحدهما: قوله: حيث يسكن مسلم، لا دليل فيه على البلد؛ لأن مسكن الرجل داره، وقد يقال: شرط أن يوجد فى دار مسلم؛ لأنه لو حلف لا يدخل حيث يسكن فلان، لم يحنث إلا بدخوله مسكنه لا البلد.

الثانى: قوله: بعد: فسره شراحه كالقونوى، وابن النحوى، بأنه أراد: وإن استلحقه ذمى بلا بينة بعده، أى بعد الحكم بالإسلام، وهذا غير مطابق لكلامه، ولا هو مراده؛ لأنه من مجرد وجوده فى دار الإسلام قد حكمنا بكونه مسلمًا، فلا يتصور أن يستلحقه قبل الحكم بإسلامه، وقد وجد فى دار الإسلام فلا حاجة إلى قوله: بعد.

وقوله: وهو حر يقتص به من حر مسلم، لا إن بلغ وسكت بل دية، وحد قاذفه، وبيت المال عاقلته، ووارثه.

أى: واللقيط حر؛ لأن الأصل فى الناس الحرية وهى الغالب عليهم، فإذا جنى على المحكوم بإسلامه سواء كان لقيطًا أو تابعًا لأحد أصوله أو السابى، فكالجناية على المسلم الأصلى فى وجوب القصاص والدية والأرش على الأصح، هذا قبل البلوغ وكذا بعده إن أفصح بالإسلام، فإن بلغ وسكت عن الإسلام[٣] وذلك بأن يمضى زمن يسع كلمتى الشهادة، كما ذكره الأسنوى، وقال: هكذا ذكره الرافعى فى كتاب الطهارة، وقال فى الروضة فى حق تابع الأبوين أو السابى: إذا بلغ وسكت أنه إذا قتل عمدًا، ففى تعلق القصاص بقتله قولان: أحدهما: نعم، كما لو قتل قبل البلوغ، وأظهرهما[٤]: لا؛ للشبهة وانقطاع التبعية، وقال فى اللقيط: إذا بلغ ساكتًا، ثم قتل أنه على الخلاف فيما قبل البلوغ فغلط صاحب المهمات وصاحب الروضة، وقال: اقتضى كلامه تصحيح وجوب القصاص

---

(١) فى أ: جيش واحد.
(٢) فى أ: بنفسه.
(٣) فى ط: بلغ عند الإسلام.
(٤) فى ط: فى أطهرهما.

فيه، وقد صححنا أن التابع لأبويه إذا وصف الكفر كان مرتدًا، وأن اللقيط يكون كافرًا أصليًا [فإذا لم يجب فى تابع الأصل، وهو إذا بلغ ووصف الكفر كان مرتدًا، فأولى ألا يجب فى اللقيط فى هذه الصورة، وهو إذا بلغ ووصف الكفر كان كافرًا أصليًا][١]، وإن قلنا: إنه لا قصاص فيه - وهو الصحيح - وجبت فيه الدية، فإذا قطع طرف المحكوم بإسلامه حبس قاطعه حتى يبلغ ويقتص لنفسه، وليس له أن يقتص حتى يفصح بكلمة الإسلام، وإن قذف وهو صغير عزر قاذفه، وإن كان بالغًا وادعى قاذفه كفرًا لم يحد حتى يقر بكلمة الإسلام، فإن ادعى أنه رقيق، فالأظهر أن القول قول المقذوف، وإذا جنى اللقيط جناية خطأ فليس له عاقلة إلا بيت المال فيسلم عنه منه، وإن كان عمدًا[٢] وهو بالغ اقتص منه، وإن كان صبيًا وقلنا: عمد الصبى عمد، وجبت الدية فى ماله ثم فى ذمته كما قلنا بتلفه[٣]، وإن قلنا: خطأ ففى بيت المال، وإن خلف مالاً فوارثه بيت المال.

[وقوله فى الحاوى: وهو حر إن لم يدع رقه ويقتل به المسلم الحر لا إن بلغ ولم يسلم، إلى قوله: ويقطع قاطعه، فيه أمران:

أحدهما: قوله: إن لم يدع رقه، لا حاجة إليه؛ لأنا إنما قلنا: يحكم بحريته فى الظاهر كما يحكم بإسلامه، فإذا ادعى رجل رقه أو كافر نسبه بالبينة ثبت الرق والكفر، فكما لم يحتج لم يغير الإسلام لعدم الإثبات بكفره، لا يحتاج أن تقيد الحرية لعدم دعوى الرق، وقد ذكر بعد فى كل واحد منهما ما يغنى عن الاشتراط، وأيضًا فهو كلام غير تام، وتمامه أن يقول: إن لم يدع رقه من أثبت بيد، وإنما لم يقل: إن لم يثبت رقه؛ لأنه لو قال ذلك لورد عليه ما لو إذا أثبت رجل باليد عليه قبل الالتقاط، فإنها تسمع على الأصح، وثبت حينئذ رقه بمجرد الدعوى من غير إثبات بالرق؛ لأنه تبين بذلك فساد التقاطه واليد، إذا كان لم يعلم أن مستندها الالتقاط يصدق صاحبها فى دعوى الملك.

الثانى: قوله: لا إن بلغ ولم يسلم، عبارة الرافعى التنبيه: فإن بلغ وسكت، وعبارة الروضة: قبل الإفصاح بالإسلام، وهذا الذى ينبغى؛ لأنه مسلم يقتل به المسلم، فكيف يقال فى حقه: لا إن بلغ ولم يسلم][٤].

وقوله: وإن استلحقاه، وأمكن ولا بينة، فقائف، ذكر عدل، مجرب، لعرض أصناف فى كل صنف ولد لبعض.

أى: وإن استلحق اللقيط اثنان سواء كانا مسلمين أو كافرين، أو أحدهما مسلمًا والآخر

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) فى ط: عبدًا.
(٣) فى أ: كما يتلفه.
(٤) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

كافرًا أو رقيقًا والآخر حرًّا، وأمكن أن يكون من كل منهما، أما إذا كان أحدهما فى سنة بلوغه واللقيط ابن سنتين مثلا، فإنه لا يمكن كونه منه، وإن أمكن كونه منهما فمن أقام منهما بينة فهو له، وإن كان هو الملتقط، لكن يستحب أن يقال للملتقط: من أين هو لك؟ فربما يوهم أن الالتقاط يلحقه به، وإن لم تكن بينة، أو تعارضتا، فلا يقدم هنا باليد - بخلاف الإملاك؛ لأن اليد تدل على الملك لا على النسب - عرض على القائف، ويشترط أن يكون القائف ذكرًا، وأن يكون عدلاً، فلا يكون كافرًا ولا امرأة ولا فاسقًا ولا أعمى، بل يكون مقبول الشهادة، وأن يكون مجربًا، وذلك بأن يجمع أصنافًا من الرجال والنساء، ويعرض عليه أول صنف وفيهم ولد لبعضهم، فإن عرف أبويه أو أحدهما إن حضر وحده، و عرض عليه صنف آخر بولد لأحدهم كذلك، فإن عرف زيد صنف وولد كذلك، وهذا أولى من عرض الولد ثلاث مرات فى أصناف دون أبويه ثم عرضه مع وجود أبويه، فى الرابعة، فإنه قد يكون فقيهًا يعلم عرض الأب فى الرابعة فيصادفه اتفاقًا، ويكفى ثلاث مرات.

وقوله: كأن وطئًا [أو بتخلل حيضة لغا][1] الأول لا فراش زوج.

أى: وإن استلحق اللقيط اثنان عرض على القائف، كما لو وطئ رجلان امرأة وأمكن لحوقه بهما فإنه يعرض على القائف، ويشترط إن لم يكن أحدهما زوجًا، أن يكونا فى طهر واحد، فإذا وطئ بائع الأمة ومشتريها أو الشريكان فيها، أو وطئ رجل امرأة بشبهة ووطئها آخر بعده بشبهة سواء كان بظن مجرد أو فى نكاح فاسد، وكان الوطئان فى طهر واحد وأمكن أن يكون الولد من كل منهما، فإنه يعرض على القائف، وإن كان أحدهما زوجًا ووطئ الآخر بشبهة عرض على القائف سواء وطئها الزوج أم لا؛ لأن النسب يلحق الزوج فى النكاح الصحيح بإمكان الوطء، لكن قال فى العزيز والروضة: لا يعرض على القائف والفراش قائم إلا إذا أقام الواطئ بينة على الوطء، ولا تكفى موافقة الزوجين له؛ لأن للولد حقًّا، ولو وطئها رجل بشبهة، واستبرأها الزوج بحيضة، بطل حق واطئ الشبهة فى الولد، ولو تقدم وطء الزوج لم تبطل الحيضة حقه، بل لو طلقها ووطئها رجل بشبهة فى عدته عرض على القائف، وإن تخللت حيضة أو حيضتان، فإن وطئت بشبهة بعد انقضاء العدة ألحق الولد بواطئ الشبهة، كما إذا تزوجت، وفيه قول آخر أنه يعرض على القائف مدة كونه ممكنًا منهما.

وقوله فى الحاوى: كأن واطئًا فى طهر [أو تخلل حيض والأول فى نكاح صحيح، فيه

---

(١) فى ط: وبتخلل حيضة لنا.

أمران:

أحدهما: أنه لم يقيده بالإمكان، وهو لا يعرض على القائف إذا وطئها فى طهر،][١] إلا إذا أمكن أن يكون من كل منهما، فإن قيل: كيف يتصور أن يطأها اثنان فى طهر واحد ولا يمكن أن يكون من كل منهما؟! قلنا: يمكن أن يطأها الأول فى طهر، ثم يمتد الطهر أربع سنين، ثم يطؤها رجل بشبهة بعدها فيه، فإن أتت بولد دون ستة أشهر انتفى عنهما، وإن أتت به لستة أشهر فهو للثانى، وإن وطئها قبل تمام الأربع وأتت فيها لدون ستة أشهر فهو للأول، أو ستة أشهر عرض على القائف.

وقوله: فإن ألحقه بزيد ثم بعمرو لم ينتقل.

أى: وإذا عرض على القائف فألحقه بزيد لحق به، فإن ألحقه بعد ذلك بآخر لم يلتفت إليه؛ لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد.

وقوله: ثم من مال إليه بالغا.

أى: فإن لم يكن قائف أو كان ونسبه إليهما أو نفاه عنهما، أو أشكل عليه - ترك إلى أن يبلغ، ثم ينتسب بميل طبعه إلى أحدهما اعتمادًا على ميل الطبع الذى يجده الولد إلى الوالد والقريب إلى القريب، ولا ينتسب بالتشهى ومقتضى ما قاله فى الحاوى: كما قاله القونوى: أنه لا يشترط البلوغ، قال: وهو وجه نقله الرافعى والمذهب خلافه، وإن انتسب إلى أحدهما لزم ولم يكن له أن يرجع، نعم إن وجد قائف عرض عليه واعتمدنا قوله وقدمناه على انتسابه؛ لأنه حجة، ونفقة مدة الإشكال عليهما، فإذا ثبت لأحدهما رجع عليه الآخر بما أنفق.

وقوله: وإن قال كل لقطته فاليد.

أى: وإذا ادعى كل أنه الذى التقط الطفل وأن حضانته له، فإن كان فى يد أحدهما فالقول قوله مع يمينه، وإن لم يكن له قدم الحاكم من يراه منهما.

وقوله: ورق مجهول بدعوى ذى يد لم يلتقط، لا وهو بالغ حينئذ وجحد أو ببينة بينت نسبه[٢] كابن أمته.

أى: وإذا كان فى يد رجل طفل وكان مجهول الحرية، فهو رقيق بمجرد دعوى [صاحب اليد][٣]، لكن يشترط ألا تكون اليد يد التقاط؛ لأن الظاهر فى الناس الحرية، ويد اللقيط[٤]

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) فى ط: سببه.

(٣) فى ط: صاحبه.

(٤) فى ط: ويد الملتقط.

معروفة السبب، فإن لم تكن يد التقاط، فالظاهر أن من هو فى يده يتصرف فيه تصرف السادات فى العبيد بملكه، فإن أثبت اللقيط بينة سابقة[1] [على الالتقاط][2] سمعت على الأصح، لكن الأصح أنه يحتاج إلى بينة تشهد بسبب الملك، كما سيأتى.

وهذا معنى قوله فى الحاوى: وهو رقيق بدعوى صاحب اليد لا بلقط، وإنما يرق بمجرد الدعوى إذا كان صغيرًا، وأما الكبير إذا جحد الرق لم يقبل قوله عليه، إلا ببينة على أنه ملكه أو على إقراره بالرق له، وإن ادعى رقه وهو صغير، ثم كبر وجحد، لم يكن القول قوله؛ لأنا قد حكمنا برقه، لكن له تحليف السيد، فإن لم تكن هناك يد فلابد من إقامة البينة، ولا تكفى الشهادة بمجرد الملك، بل لابد من أن يبين سببه من شراء أو اتهاب أو إرث ونحوه؛ لأنه ربما اعتمد الشاهد[3] اليد، واليد قد تكون يد التقاط، وهذا هو الذى صححه الإمام ورجحه الرافعى فى المحرر، فإن قالت البينة: هو عبده، ولدته أمته فى ملكه - كفى، وكذا لو قالت: ولدته أمته، ولم يرد على المذهب.

وقوله: أو بإقرار لا فيما يضر غيره فى تصرف سابق، فيبقى نكاحها بالأقل من مسمى ومهر مثل فإن غر خير، والولد قبله حر، وتعتد وتسلم كحرة، ولموت كأمة، وفسخ نكاحه بنصف المسمى وبكله إن دخل ويؤدى ديونه مما فى يده وكسبه.

أى: ويثبت رقه بإقراره، إن صدقه المقر له، لا إن كذبه، وإن عاد وصدقه لم يلتفت إليه، ولا يقبل إقراره فيما يضر غيره فى تصرفاته السابقة، أما فيما يضر غيره فى المستقبل فيقبل على الأصح، فإذا كان المقر له أمة مزوجة[4] لم ينفسخ نكاحها، وتسلم إلى الزوج تسليم الحرائر، وإن تعطلت منافع المقر له، ويجب للسيد على الزوج أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل؛ لأن المسمى وإن كان أقل لم يقبل إقرارها عليه بالزائد، وإن كان مهر المثل أقل وهو يقول: تزوجت بغير إذنى، فلا يجب لى غيره، وإن غر بحريتها بأن شرط ذلك فى العقد، ثبت له الخيار، ونقل فى الروضة أن له الخيار مطلقًا إلا عن الشيخ أبى على، فإنه نقل توقف الخيار على ما إذا شرطت الحرية ثم قال: إنه إذا جاز وجب المسمى، وقد يستشكل من حيث إن السيد يقول: نكاحها بغير إذنى فاسد، وإنما وجب المهر بوطء الشبهة والولد الحاصل منهما قبل الإقرار حر؛ لأن قولها فيه غير مقبول،

---

(١) فى ط: فإن ثبت الملتقط بيد سابقة.
(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٣) فى ط: اعتمد للشهادة.
(٤) فى ط: فزوجة.

والحاصل بعده رقيق؛ لأن الزوج وطئها عالمًا برقها، وإن ماتت فهى[(١)] كالأمة، على السيد مؤنة تجهيزها، وإن طلقت اعتدت بثلاثة أقراء؛ لأن العدة حق للزوج فهو يتضرر بنقصانها، وتعتد عدة الوفاة بشهرين وخمس ليال بأيامها؛ لأنه لا ضرر على الزوج فهى حق لله تعالى، وإن كان المقر رجلاً وقد تزوج انفسخ نكاحه؛ لأنه تزوج بغير إذن من أقر له، وهذا يضره، فيقبل إقراره فيه، ولا يسقط المسمى بل يجب كله إن دخل ونصفه إن لم يدخل، ويؤدى مما فى يده أو من كسبه، فإن فضل فى يده مال، فهو للمقر له، وإن عجز المال والكسب عن قضاء دينه تعلق بذمته.

وقوله: ولغا إن تقدمه إقرار بحرية، أو برق لغير، وإن كذب.

أى: وإنما يقبل إقراره بالرق إذا لم يسبق منه اعتراف بالحرية؛ لأنه صار ملتزمًا بإقراره بالحرية أحكام الأحرار، فلا يسقط عنه إلا ببينة، وكذلك إذا سبق منه إقرار برق؛ [لأنه صار ملتزمًا بإقراره له][(٢)]، وإن كذبه بطل حقه، ولا يقبل إقرار العبد لغيره ثانيًا بالرق؛ لأنه بإقراره للأول قد اعترف بنفى الملك عن نفسه لغيره، والتزم بتكذيبه له أحكام الأحرار، ولا يسقط ذلك بإقراره. والله تعالى أعلم.

* * *

(١) فى ط: وإنما كانت هى.
(٢) فى ط: لأنه صدق المقر به فهو له.

الفرائض(١)

وقوله: باب: يقدم فى تركة حق تعلق بعين لا بحجر كمرهون وجان وذو مبيع مات مشتريه مفلسًا.

أى: من مات وله عين تعلق بها حق للغير، كتعلق الدين بالمرهون، والأرش برقبة الجانى، وحق البائع بالمبيع إذا مات المشترى مفلسًا وإن لم يحجر عليه، بل الموت

---

(١) الفرائض جمع فريضة من الفرض وهو فى اللغة: التقدير والقطع وسمى هذا النوع من الفقه فرائض لأنه سهام مقدرة مقطوعة مبينة ثبتت بدليل شرعى. ويسمى أيضا علم المواريث هو علم بأصول من فقه وحساب تعرف حق كل فى التركة. والإرث اصطلاحا: عرفه الشافعية والقاضى أفضل الدين الخونجى من الحنابلة بأنه حق قابل للتجزؤ يثبت لمستحقه بعد موت من كان له ذلك لقرابة بينهما أو نحوها.

ومعرفة الفرائض من أهم العلوم بعد معرفة أركان الدين. وقد حث الرسول صلى الله عليه وسلم على تعليمها وتعلمها، فقد روى ابن مسعود رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال: «تعلموا القرآن وعلموه الناس، وتعلموا الفرائض وعلموها الناس، فإنى امرؤ مقبوض، وسيقبض هذا العلم من بعدى حتى يتنازع الرجلان فى فريضة فلا يجدان من يفصل بينهما». وقد كان أكثر مذاكرة أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى الله عنهم إذا اجتمعوا فى علم الفرائض ومدحوا على ذلك.

والميراث مشروع بالكتاب والسنة والإجماع. أما الكتاب فآيات المواريث. وأما السنة فأحاديث مثل قوله صلى الله عليه وسلم: «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقى فلأولى رجل ذكر» ومثل ثبوت ميراث الجدة لأم بشهادة المغيرة وابن سلمة لدى عمر بن الخطاب على أن النبى صلى الله عليه وسلم ورثها، ولم يرد توريثها فى القرآن الكريم وأما الإجماع فمثل إرث الجدة لأب باجتهاد عمر رضى الله عنه الداخل فى عموم الإجماع، ولا مدخل للقياس فى ذلك.

وكان أهل الجاهلية يتوارثون بشيئين: النسب والسبب. فأما ما يستحق بالنسب فلم يكونوا يورثون الصغار ولا الإناث، وإنما يورثون من قاتل وحاز الغنيمة، روى ذلك عن ابن عباس وسعيد بن جبير وآخرين إلى أن أنزل الله تعالى: ﴿وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي ٱلنِّسَآءِۖ قُلِ ٱللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ﴾: إلى قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ ٱلْوِلْدَٰنِ﴾ وأنزل الله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوْلَٰدِكُمْۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِۚ﴾. وقد كانوا بعد مبعث النبى صلى الله عليه وسلم على ما كانوا عليه فى الجاهلية فى المناكحات والطلاق والميراث إلى أن نقلوا عنه إلى غيره بالشريعة. قال ابن جريج: قلت لعطاء: «أبلغك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقر الناس على ما أدركهم من طلاق أو نكاح أو ميراث؟ قال: لم يبلغنا إلا ذلك». وروى عن سعيد بن جبير قال: بعث الله محمدا صلى الله عليه وسلم والناس على أمر جاهليتهم إلى أن يؤمروا بشىء أو ينهوا عنه، وإلا فهم على ما كانوا عليه من أمر جاهليتهم. وكان السبب الذى يتوارثون به شيئين: أحدهما الحلف والمعاقدة، والآخر التبنى. ثم جاء الإسلام فتركوا برهة من الدهر على ما كانوا عليه، ثم نسخ. فمن الناس من يقول: إنهم كانوا يتوارثون بالحلف والمعاقدة بنص التنزيل ثم نسخ، وقال شيبان عن قتادة فى قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَٰنُكُمْ فَـَٔاتُوهُمْ نَصِيبَهُمْۚ﴾: كان الرجل فى الجاهلية يعاقد الرجل فيقول: دمى دمك، وهدمى هدمك، وترثنى وأرثك، وتطلب بى وأطلب بك. قال: فورثوا السدس فى الإسلام من جميع الأموال، ثم يأخذ أهل الميراث ميراثهم، ثم نسخ بعد ذلك فقال الله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾.

كالحجر، فإنه يقدم بها على مؤنة تجهيزه[1]، وليس التعليق منحصرًا فى هذه الصور

---

(١) المالكية والشافعية والرواية المشهورة عند الحنفية على أنه يبدأ من التركة بالديون المتعلقة بأعيانها قبل الوفاة كالأعيان المرهونة؛ لأن المورث فى حال حياته لا يملك التصرف فى الأعيان التى تعلق بها حق الغير، فأولى ألا يكون له فيها حق بعد وفاته. فإذا كانت التركة كلها مرهونة فى دين فإن المورث (الميت) لا يجهز إلا بعد سداد الدين، أو فيما يفضل بعد سداده، فإن لم يفضل شىء من التركة بعد سداد الدين يكون تجهيزه على من كانت تجب عليه نفقته فى حياته. وعند الحنابلة وغير المشهور عند الحنفية أنه إذا مات الإنسان بدئ بتكفينه وتجهيزه مقدما على غيره، كما تقدم نفقة المفلس على ديون غرمائه، ثم بعد التجهيز والتكفين تقضى ديونه من جميع ما بقى من ماله.

و لكن اختلف فى الديون التى تقضى بعد التجهيز والتكفين: فقال الحنفية: إن الدين إن كان للعباد فالباقى بعد تجهيز الميت إن وفى به فذاك، وإن لم يف فإن كان الغريم واحدا يعطى له الباقى. وما بقى له على الميت إن شاء عفا، وإن شاء تركه إلى دار الجزاء. وإن كان الغريم متعددا، فإن كان الكل دين الصحة - وهو ما كان ثابتا بالبينة أو الإقرار فى زمان صحة المدين - أو كان الكل دين المرض - وهو ما كان ثابتا بإقراره فى مرضه - فإنه يصرف الباقى إليهم على حسب مقادير ديونهم. وإن اجتمع الدينان معا يقدم دين الصحة لكونه أقوى؛ لأنه محجور عليه فى مرض موته عن التبرع بما زاد على الثلث، ففى إقراره حينئذ نوع ضعف. وأما إذا أقر فى مرضه بدين علم ثبوته بطريق المعاينة، كالذى يجب بدلا عن مال ملكه أو استهلكه فيكون ذلك من دين الصحة، إذ قد علم وجوبه بغير إقراره، فلذلك ساواه فى الحكم. وإن كان الدين من حقوق الله - تعالى - كالصوم والصلاة والزكاة وحجة الإسلام والنذر والكفارة، فإن أوصى به الميت وجب تنفيذه من ثلث ماله الباقى بعد دين العباد، وإن لم يوص لم يجب.

وقال المالكية: بعد التجهيز والتكفين تقضى ديون الميت التى لآدمى كانت بضامن أم لا حالة كانت أو مؤجلة؛ لأن المؤجلة تحل بالموت، ثم هدى تمتع إن مات بعد رمى العقبة أوصى به أم لا، ثم زكاة فطر فرط فيها، وكفارات فرط فيها، مثل كفارة اليمين والصوم والظهار والقتل إذا أشهد فى صحته أنها بذمته، فإن كلا منها يخرج من رأس المال. سواء أوصى بإخراجها أم لم يوص؛ لأن المقرر عندهم أن حقوق الله متى أشهد فى صحته بها خرجت من رأس المال، أوصى بها أم لا، فإن أوصى بها، ولم يشهد فمن الثلث، ومثل الكفارات عندهم التى أشهد بها زكاة عين حلت وأوصى بها، وزكاة ماشية حلت ولا ساعى، ولم توجد السن التى تجب فيها، فإن وجد فهو كالدين المتعلق بحق فيجب إخراجه قبل الكفن والتجهيز. وقال الشافعية: إنه بعد التجهيز والتكفين تقضى الديون المتعلقة بذمة الميت من رأس المال سواء أكانت لله - تعالى - أم لآدمى أوصى بها أم لا؛ لأنها حق واجب عليه، ويقدم دين الله - تعالى - كالزكاة وغيرها على دين الآدمى. وذلك فيما إذا تلف المال. فلو كان باقيا فقد تعلق به حق الزكاة فتخرج قبل التجهيز كما قال المالكية، وإن كانت الديون متعلقة بعين قدمت على التجهيز كما سبق. وقال الحنابلة: إنه بعد التجهيز والتكفين يوفى حق مرتهن لديه، ثم إن فضل للمرتهن شىء من دينه شارك الغرماء؛ لأنه ساواهم فى ذلك، فإن فضل شىء من ثمن الرهن رد على المال ليقسم بين الغرماء، ثم بعدما سبق تسدد الديون غير المتعلقة بالأعيان وهى التى ثبتت فى الذمة. ويتعلق حق الغرماء بالتركة كلها وإن لم يستغرقها الدين سواء أكان الدين لله - تعالى - كالزكاة والكفارات والحج الواجب، أم كان لآدمى كالقرض والثمن والأجرة، فإن زادت الديون عن التركة ولم تف بدين الله - تعالى - ودين الآدمى يتحاصون على نسبة ديونهم كمال المفلس، سواء أكانت الديون لله - تعالى - أم للآدميين أم مختلفة، ثم بعد الدين الوصية للأجنبى - وهو =

الثلاث، بل تبقى صور أخرى، منها تعليق المنذور له بالعين المنذورة، والفقراء فى الزكاة بالعين والمقترض بالعين المقترضة، والمعتدة بالمسكن، والمكاتب إذا أدى ومات السيد قبل الإيتاء والمال باق، وأما تعلق الغرماء بالأموال بالحجر، فإن التجهيز مقدم عليهم، كما قاله النووى فى الروضة عن الأصحاب.

وقوله فى الحاوى: يخرج من تركة الميت حق تعلق بعين كالمرهون والعبد الجانى، والمبيع إذا مات المشترى مفلسًا، فيه أمران:

أحدهما: قوله: يخرج حق تعلق بعين، يرد عليه ما إذا حجر الحاكم على المفلس، فإن حقوق الغرماء تعلقت بعين ماله قبل موته، ثم لا يقدم بذلك التعلق كما قدمناه.

الثانى: قوله: يخرج من تركة الميت حق تعلق بعين، وعد منه المبيع، إذا مات المشترى مفلسًا، وقد علمت أن الحق - إذا مات المشترى مفلسًا - هو الرجوع، وذلك ليس بحق يخرج [من التركة][1]، وإنما هو الخيار فى المبيع، فإن اختار الرجوع قدم به، وهو مراده بقوله: يخرج.

وقوله: ثم تجهيزه بالمعروف، ثم دينه، وهى كالمرهون به فيلغو تصرف لا لدين حدث بنحو ترد فى بئر ورد بعيب، بل إن لم يؤد وارث، فسخ.

أى: يقدم بعد الحق المتعلق بالعين مؤنة تجهيزه على الدين، لحاجته إليه كثياب البدن للمفلس ثم يقضى ديونه، والتركة قبل قضاء الدين كالمرهون بالدين، لا ينفذ تصرف الوارث فيها، فلو تصرف وهناك دين مقارن [لم يصح تصرفه، وإن جهل][2]؛ لأنه كالمرهون، وإن لم يكن مقارنًا بل حدث بسبب مقدم كما إذا حفر الميت بئرًا عدوانًا فتردى فيها شخص بعد موته، أو باع الميت معيبًا وفوت ثمنه، ثم رد بعد موته بعيب، فإن الأصح أن هذا الدين لا يبطل به التصرف بل يجب على الوارث أن يقضيه، فإن لم يفعل فسخ تصرفه فى التركة نظرًا للميت.

وقوله: ثم وصاياه من ثلث ما بقى، ثم الباقى لوارثه، فنصف لزوج وبنت وبنت ابن وأخت لأبوين أو لأب[3]، والثلثان لكثيرهن.

= من ليس بوارث - من ثلث ما يفى من المال بعد الحقوق الثلاثة، فإن كانت الوصية لوارث فلا بد من إجازة باقى الورثة، وإن كانت لأجنبى فما يزيد عن الثلث يتوقف على إجازة كل الورثة.

(١) سقط فى ط.

(٢) فى ط: لم يصح فإن جهل.

(٣) فى متن «الإرشاد»: ولأب.

أى: ثم بعد قضاء الدين، تنفذ[١] وصاياه من ثلث الباقى أو ثلث الكل[٢]، إن أبرأه الغرماء، ثم يورث منه الباقى، بعد ذلك.

واعلم أن الورثة منهم ذو فرض ومنهم ذو عصبة، فمن كان منهم له سهم مقدر، فهو من أرباب الفروض، ومن لم يقدر له منهم سهم وتوريثه مجمع عليه فهو عصبة.

واحترز بقوله: مجمع عليه، من ذوى الأرحام، فإنهم لا يسمون عصبة، والعصبة إذا انفرد أخذ جميع المال، ومع أرباب الفروض يأخذ الفاضل عنهم، ثم الفروض المقدرة ستة: النصف، والربع، والثمن، والثلثان، والثلث، والسدس.

فالنصف فرض خمسة: فرض الزوج حيث لا فرع، ويفهم هذا القيد من قوله بعده: والربع للزوج مع فرع.

ويشترط فى الفرع أن يكون وارثًا وفرض بنت الصلب، إذا كانت واحدة؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾ [النساء: ١١] وفرض بنت الابن عند عدم بنت الصلب، وفرض الأخت للأبوين إذا انفردت، وفرض الأخت للأب عند عدم الأخت للأبوين.

---

(١) فى ط: يقدم.

(٢) قُدِّم الدين على الوصية، لما قاله على: «إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن الدين قبل الوصية»، ولأن الدين تستغرقه حاجته فقدم كمئونة تجهيزه ثم تنفذ وصاياه.

وإنما قدمت الوصية فى الذكر على الدين فى الآية ﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ﴾ لأنها تشبه الميراث، لكونها مأخوذة بلا عوض، فيشق إخراجها على الورثة، فكانت لذلك مظنة فى التفريط فيها بخلاف الدين فإن نفوسهم مطمئنة إلى أدائه، فقدم ذكرها حثا على أدائها، وتنبيها على أنها مثله فى وجوب الأداء، أو المسارعة إليه، ولذلك جىء بينهما بكلمة التسوية، وأيضا إذا كانت الوصية بالتبرعات وليس فى التركة وفاء بالكل فتقديمه عليها ظاهر؛ لأن أداء الدين فرض عليه يجبر على أدائه فى حال حياته، والوصية المذكورة تطوع، ولا شك أن الفرض أقوى.

ثم بعد التكفين والدين تنفذ الوصايا من ثلث ما بقى، وذلك فى المذاهب الأربعة - عدا خواهر زاده من الحنفية - لا من أصل المال؛ لأن ما تقدم من التكفين وقضاء الدين قد صار مصروفا فى ضروراته التى لا بد له منها، فالباقى هو ماله الذى كان له أن يتصرف فى ثلثه، وأيضا ربما استغرق ثلث الأصل جميع الباقى، فيؤدى إلى حرمان الورثة بسبب الوصية، وهذا سواء أكانت الوصية مطلقة أم معينة، وهو الصحيح.

وقال شيخ الإسلام خواهر زاده من الحنفية: إن كانت الوصية معينة كانت مقدمة على الإرث. وإن كانت مطلقة كأن يوصى بثلث ماله أو ربعه كانت فى معنى الميراث لشيوعها فى التركة، فيكون الموصى له شريكا للورثة لا مقدما عليهم، ويدل على شيوعه فيها كحق الوارث أنه إذا زاد المال بعد الوصية زاد على الحقين، وإذا نقص نقص عنهما، حتى إذا كان ماله حال الوصية ألفا مثلا فصار ألفين، فله ثلث الألفين. وإن انعكس فله ثلث الألف. ثم بعد التكفين والدين والوصية يقسم الباقى من مال الميت بين ورثته الذين ثبت إرثهم بالكتاب وهم المذكورون فى الآيات القرآنية، أو الذين ثبت إرثهم بالنسبة مثل قوله صلى الله عليه وسلم: «أطعموا الجدات السدس»، أو الذين ثبت إرثهم بالإجماع كالجد وابن الابن وبنت الابن وسائر من علم توريثهم بالإجماع.

والثلثان فرض كثيرهن، يعنى البنات وبنات الابن، والأخوات لأبوين، والأخوات لأب، والمراد بالكثير ما فوق الواحدة، قال الله تعالى: ﴿فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾ [النساء: ١١] قال العلماء: كلمة فوق زيادة، كما قال الله تعالى: ﴿فَٱضْرِبُوا۟ فَوْقَ ٱلْأَعْنَاقِ﴾ [الأنفال: ١٢] ولحديث الأنصارية، وقولها: «يارسول الله ﷺ، هاتان بنتا سعد ابن الربيع قتل أبوهما معك يوم أحد فأخذ عمهما ماله والله لا ينكحان ولا مال لهما، فقال ﷺ يقضى الله فى ذلك، فنزل قوله تعالى: ﴿فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾ قال النبى ﷺ لعمهن: «أعط البنتين الثلثين، والمرأة الثمن وخذ الباقى»[١].

وقوله: وعصب كلا أخ ساوته، والأخريين الأوليان.

أى: ويعصب كل واحدة من هؤلاء الأربعة أخ مساو لها فى الدرجة وكيفية الإدلاء، فيكون بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، وغير المساوى[٢] فيهما معا لا يعصب؛ فالأخ من الأبوين لا يعصب الأخت من الأب، بل يحجبها، والأخ من الأب لا يعصب الأخت من الأبوين بل تأخذ فرضها معه وتعصب الأخريين وهما الأخت للأبوين والأخت للأب، الأوليان وهما البنت وبنت الابن، فإذا اجتمعت بنت أو بنت الابن وأخوات[٣]، فللبنت أو بنت الابن النصف والباقى للأخوات، فإن كن متفرقات فالباقى للأخت من الأبوين؛ لأنها تحجب الأخت من الأب، والبنت تحجب الأخت من الأب[٤]، فإن اجتمعت البنت وبنت الابن مع الأخت للأبوين أو للأب، فللبنت النصف، ولبنت الابن السدس، والباقى للأخت.

الأكدرية

وقوله: أو جد، نعم فى الأكدرية، فرض للواحدة وله، وقسم أثلاثا.

أى: ويعصب الأخريين الأوليان أو أحدهما، وحكم الأخوات مع الجد كحكمهن مع الأخ، كما فى مقاسمة الجد والأخوة، فلا يفرض لهن معه إلا فى الأكدرية، وهى أخت واحدة لأب، أو لأبوين مع زوج وأم وجد، فللزوج النصف وللأم الثلث وللجد السدس، ويفرض للأخت النصف، وتعال المسألة من ستة إلى تسعة، ثم يقسم الجد والأخت ما فرض لهما أثلاثًا، تصح فى سبعة وعشرين، للزوج تسعة وهى ثلث كل المال، وللأم ستة وهى ثلث

---

(١) أخرجه أحمد (٣/٣٥٢) وأبو داود (٢٨٩١) والترمذى (٢٠٩٢) وابن ماجه (٢٧٢٠).
(٢) فى ط: وغير الحاوى.
(٣) فى ط: وأختان.
(٤) فى أ: الأم.

الباقى، وللأخت أربعة وهى ثلث الباقى بعد الأم، وللجد[1] الباقى وهى ثمانية، وإنما يفرض للأخت هنا؛ لأن الجد لا يمنع من أصل فرضه، ولا يمكن إسقاطها، فرجعت إلى فرضها، ولا سبيل إلى تفضيلها على الجد، فيفرض لها بالرحم وقسم بينهما بالتعصيب، ولو كان بدل الأخت أخًا سقط؛ إذ لا فرض له، ولو كان أختان، يفرض للزوج النصف وللأم السدس، وقاسم الجد الأختين فى الباقى مناصفة، ولا فرض ولا عول[2].

وقوله: وعصب بنت ابن، لا فرض لها، ابنه وإن سفل.

أى: وإن كانت أعلى منه كابن ابن عمها وإن سفل من ذلك قال الفرضيون: المستقل من أولاد الابن يعصب أخته وعمته وعمة أبيه وجده وبنات أعمامه وبنات أعمام أبيه وجده، أما تعصيبه من هو فى درجته فكغيره، وأما تعصيبه من هو أسفل منهما؛ فلأنه لا يمكن إسقاطه؛ لأنه عصبة ذكر وإذا لم يسقط فكيف يفرد بالميراث مع بعده ولو كان فى درجتها ما انفرد به دونها فجعل كأنه فى درجتها؛ ولهذا لا يعصب من هى أسفل منه، ولا يعصب

---

(١) فى ط: والجد.

(٢) الأكدرية هى: إحدى المسائل الملقبات فى الفرائض، وهى زوج، وأم، وجد، وأخت لأب وأم، أو لأب. ولقبت هذه المسألة بالأكدرية؛ لأنها واقعة امرأة من بنى أكدر ماتت وخلفت أولئك الورثة المذكورين، واشتبه على زيد مذهبه فيها فنسبت إليها. وقيل: إن شخصا من هذه القبيلة كان يحسن مذهب زيد فى الفرائض، فسأله عبد الملك بن مروان عن هذه المسألة فأخطأ فى جوابها، فنسبت إلى قبيلته. وقيل: سميت بذلك لأنها كدرت على زيد بن ثابت أصوله فى التوريث، وقيل: لأن الجد كدر على الأخت نصيبها، وأهل العراق يسمونها الغراء، لشهرتها فيما بينهم. وللعلماء فى هذه المسألة ثلاثة مذاهب:

أحدها: مذهب زيد بن ثابت رضى الله عنه، وبه أخذ الشافعية والحنابلة، وهو أن للزوج النصف، وللأم الثلث، وللجد السدس وللأخت النصف، ثم يضم نصيب الجد إلى نصيب الأخت، ويقسم مجموع النصيبين بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين. أصل المسألة من ستة، وتعول إلى تسعة: للزوج ثلاثة، وللأم اثنان، وللجد واحد، وللأخت ثلاثة، ومجموع النصيبين أربعة، فنقسمها على الجد والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين، وتصح من سبعة وعشرين: للزوج تسعة، وللأم ستة، وللجد ثمانية، وللأخت أربعة. فقد جعل زيد هاهنا الأخت ابتداء صاحبة فرض، كى لا تحرم الميراث بالمرة، وجعلها عصبة بالآخرة، كى لا يزيد نصيبها على نصيب الجد الذى هو كالأخ.

المذهب الثانى: وهو قول أبى بكر وابن عباس رضى الله عنهم، حاصله: للزوج النصف، وللأم الثلث، والسدس الباقى للجد، وتسقط الأخت، وقد أخذ بهذا أبو حنيفة.

المذهب الثالث: وهو قول عمر وابن مسعود، للزوج النصف، وللأخت النصف، وللأم السدس، وللجد السدس، وأصلها من ستة وتعول إلى ثمانية، للزوج ثلاثة، وثلاثة للأخت أيضا والجد يأخذ سدسا عائلا وهو واحد، وكذا الأم. وإنما جعلوا للأم السدس كى لا يفضلوها على الجد.

والأكدرية إن لم يكن فيها زوج فهى الخرقاء، وإن لم يكن فيها جد كانت المباهلة، وإن لم يكن فيها أخت كانت إحدى الغراوين.

من هو فوقه إذا كان لها فرض، كما لو خلف بنتًا وبنت ابن، وابن ابن ابن، فللبنت النصف ولبنت الابن السدس وله الباقى.

وقوله: وربع لزوج مع فرع والزوجة فأكثر دونه، ومعه ثمن.

أى: الربع فرض الزوج إذا كان معه فرع وارث للميت كالبنت والابن وابن الابن وإن سفل، وهو فرض الزوجة والزوجات عند عدم الفرع المذكور، فإن كان له فرع وارث، فاللزوجة والزوجات الثمن.

وقوله: وثلث لأم ولدى أم، فأكثر فيشاركهم فيه عصبتة لأبوين، مع زوج وأم أو جدة [وثلث باق لأم مع أحد زوجين وأب][1].

أى: والثلث فرض الأم، إذا لم يكن للميت فرع وارث، ولا اثنان من الأخوة والأخوات، وهذا التقييد يفهم مما بعد، والثلث أيضًا فرض ولدى أم فأكثر يسوى فيهم بين الذكر والأنثى ويشاركهم فيه[2] العصبة للأبوين، إذا كان الميت امرأة وخلفت زوجًا وأما وأخوين لأم، وأخا أو إخوة لأبوين فللزوج النصف، وللأم السدس، ولولدى الأم الثلث ولم يبق للعصبة شىء، فيشاركهم الإخوة للأبوين لاستوائهما فى قرابة الأمومية، وتسمى المشتركة وتسمى الحمارية؛ لأن أولاد الأبوين قالوا لعمر رضى الله تعالى عنه: هب أبانا حمارا أليست أمنا وأمهم واحدة؟ فشركهم، ويشترط للتشريك أن يكون فى المسألة زوج، ومن له سدس من أم أو جدة، وأن يكون ولد الأم أكثر من واحد، وإلا فله السدس والباقى للعصبة، وأن يكون فيها عصبة بالأبوين، فلو كان لأب سقط، ولو كانت أختا أوأخوات[3] بلا أخ فرض لهن، وعالت المسألة؛ ولهذا اشترطت عصبة الأبوين.

وقوله: وثلث باق لأم مع أحد زوجين، وأب

أى:: وثلث الباقى فرض الأم إذا كانت مع أب وأحد الزوجين الزوجة أو الزوج، فلو هلك رجل وخلف أبا وأما وزوجة، فللزوجة الربع، ويتبقى ثلاثة أرباع للأم ثلثها والباقى للأب، ولو كانت الهالكة امرأة مزوجة، للزوج النصف وللأم الثلث الباقى وهو السدس وللأب الباقى وهو الثلث.

وقوله: وسدس لقربى بنات ابن أدلت بذكر مع بنت، أو أقرب منها، ولأخت لأب فأكثر مع أخت لأبوين، ولجدة فأكثر لم تدل بذكر بين أنثيين، ولا تميز ذات جهتين، ولولد

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) فى ط: فيهم.

(٣) فى ط: إخوة.

أم، ومع فرع لأب وجد لم يدل بأنثى، ولأم كمع*إخوة بثلثين[١].

أى: والسدس فرض لجماعة، منهم بنت الابن القربى مع بنت الصلب الواحدة، ولا تشاركها بنت ابن أبعد منها، فإن كانتا بنتين، فلا شىء لبنت الابن، فإذا خلف بنتًا واحدة، وبنتًا لابن أو أكثر فى درجة، فللبنت النصف ولبنت الابن وبناته السدس، فلو خلف بنت بنت ابن فلا شىء لها؛ لأنها مدلية بأنثى، وعنها احترز بقوله: أدلت بذكر، وإن خلف بنت ابن وبنت ابن ابن، فللقربى النصف والسدس للتى بعدها.

والسدس أيضًا فرض الأخت للأب فأكثر مع الأخت الواحدة للأبوين، فإن كانت مع أختين لأبوين فلا شىء لها؛ لاستكمالهما الثلثين.

والسدس أيضًا فرض الجدة مع واحدة أو أكثر من جهة الأب كانت أو من جهة الأم، وإنما تمنع إذا أدلت بذكر بين أنثيين، كأم أب الأم فإنها لا ترث، أما من تدلى بمحض الذكور، كأم أب الأب، أو بمحض الإناث [كأم أم الأم، أو بمحض الإناث][٢] إلى محض الذكور، كأم أم أب الأب، فإنهن يرثن.

فإن كانت فيهن جدة مدلية بجهة واحدة، وجدة مدلية بجهتين، لم يفضل ذات الجهتين، بل يقسم السدس بينهما، بالسوية.

وصورة ذات الجهتين: أن تكون لامرأة بنتان، فتزوج ابن إحداهما بنت الأخرى، وولدت ولدا، فالمرأة جدته لأمه ولأبيه، فلا تقدم على أم أب الأب.

والسدس أيضا فرض ولد الأم الواحدة[٣]، ذكرًا كان أو أنثى؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ﴾ [النساء: ١٢]. والمراد أخ أو أخت من أم، وكذا هو قراءة ابن مسعود.

والسدس أيضًا فرض الأب إذا كان معه فرع كابن أو ابن ابن، وكذا لو كان له بنت أو بنتان، فله السدس، لكنه يأخذ ما زاد على الفرض بالعصوبة، وإن لم يكن مع الأب فرع أخذ المال كله بالعصوبة.

والسدس أيضًا فرض الأم مع الجد إذا[٤] كان للميت فرع وارث ولو بنتًا كالأب، إلا أنه يشترط فى إرثه ألا يدلى بأنثى، كأب الأم، فإنه لا يرث.

---

(١) فى ط: بكثرة.
(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٣) فى ط: أم الواحد.
(٤) فى ط: لفرع الأم فإذا.

والسدس أيضًا فرض الأم مع الفرع، فإذا كان للميت فرع وارث ولو بنتًا واحدة، فلأمه السدس، وإنما قدم قوله: مع فرع؛ ليشمل المسائل الثلاث، وكذلك فرضها السدس، مع أخوة بضم الهمزة والخاء وتشديد الواو، والمراد بالكثرة ما زاد على الواحدة، فإن كان للميت أخوان من أم أو من أب أو منهما، أو واحدًا من أم وواحدًا من أب، فللأم معهما السدس.

العصبة(١)

وقوله: وباق أو كل لعصبة.

أى: وما بقى من أهل الفروض فهو للعصبة، إن كان هناك أهل فرض، وإن لم يكن فالكل للعصبة.

وقوله: وهى ابن ثم ابنة وإن سفل، ثم أب ثم أبوه وإن علا وولده [أى الأب](٢)، ويعاد بغير وارث.

أى: وأولى العصبات الابن وإنما قدمناه على الأب؛ لأن الله تعالى جعل للأب معه السدس وجعل له الباقى، ثم الأولى بعد البنين بنوهم، وإن سفلوا، ثم الأب؛ لأن سائر العصب يدلون به، ثم الجد والإخوة لأبوين أو للأب وهو وهم فى درجة واحدة، لايسقطهم بل يرثون معه، كما سيأتى؛ ولهذا قال: وولده فجمع بينهما بالواو ولم يرتب بثم، والمراد ولد الأب الأعلى، أما ابن الأخ فالجد يسقطه، فإذا اجتمع جد وأخ لأبوين مثلاً(٣)، وأخ للأب، عاد الأخ للأبوين الجد بالأخ من الأب، فيعطى الجد الثلث ثم يأخذ ابن الأبوين الباقى؛ لأنه يحجب ابن الأب، وهذه تعرف بمسألة المعادة، ولو خلف جدًا وأخًا لأبوين وأختًا لأب، أخذ الجد سهمين من خمسة، وأخذ الباقى الأخ بحكم المعادة، فلو كان مع هؤلاء أخت للأبوين، كان للجد الثلث(٤).

---

(١) العصبة مأخوذ من العصب، وهو: الطى الشديد، يقال: عصب برأسه العمامة: شدها، ولفها عليه. وفى اللغة: اسم لأبناء الرجل، وأقاربه لأبيه، قال الأزهرى: عصبة الرجل: أولياؤه الذكور الذين يرثونه. سموا عصبته؛ لأنهم عصبوا بنسبه، فالأب طرف، والابن طرف، والأخ جانب، والعم جانب، ولما أحاطوا به سموا عصبة، وكل شىء استدار على شىء فقد عصب به، ويطلق على الذين يرثون الرجل عن كلالة: من غير والد، ولا ولد. وفى الاصطلاح: هم كل من لم يكن له سهم مقدر من المجمع على توريثهم فيرث المال إن لم يكن معه ذو فرض، أو ما فضل بعد الفروض.

(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٣) فى ط: وأخوان مثلا.

(٤) العصبة نوعان، عصبة نسبية وهى ما سبق تعريفه. وعصبة سببية ويراد بها المعتق وعصبته الذكور. والعصبة النسبية أقسام ثلاثة: عصبة بنفسه، وعصبة بغيره، وعصبة مع غيره. والعصبات بأنفسهم =

. . . .

= أربعة أصناف: الأول: جزء الميت، والثانى أصله، والثالث جزء أبيه، والرابع جزء جده. فيقدم فى هذه الأصناف والمندرجين فيها الأقرب فالأقرب، أى يرجحون بقرب الدرجة. فأولاهم بالميراث بنو الميت، ثم بنوهم وإن سفلوا، ثم أصل الميت أى الأب، ثم أبوه وإن علا. وقدم البنون على الأب؛ لأنهم فروع الميت والأب أصله، واتصال الفرع بأصله أظهر من اتصال الأصل بفرعه. فإن الفرع يتبع أصله ويصير مذكورا بذكره دون العكس، فإن البناء والأشجار يدخلان فى بيع الأرض وإن لم يذكرا فى عقد البيع، ولا يدخلان فى بيعها إلا بالنص عليهما. وقدم بنو البنين وإن سفلوا على الأب؛ لأن سبب استحقاقهم أيضا البنوة المتقدمة على الأبوة. وكون الأب أقرب من الجد ظاهر كظهوره فيما بين الابن وابن الابن، وإذا أريد بالجد أبو الأب فيخرج عنه أبو الأم، ثم يقدم بعد من ذكروا جزء الأب أى الإخوة ثم بنوهم وإن سفلوا. وهذا (أى تأخير الإخوة عن الجد) عند الإمام أبى حنيفة خلافا للصاحبين، ثم جزء جده أى الأعمام، ثم بنوهم وإن سفلوا. وذهب الصاحبان والحنابلة إلى أن جهات العصوبة ست: البنوة ثم الأبوة ثم الجدودة مع الأخوة ثم بنو الإخوة ثم العمومة ثم الولاء، وعند الإمام أبى حنيفة رحمه الله خمس جهات فقط: البنوة ثم الأبوة ثم الأخوة ثم العمومة ثم الولاء، بإدخال الجد وإن علا فى الأبوة وإدخال بنى الإخوة وإن نزلوا بمحض الذكورة فى الأخوة. وعند المالكية والشافعية الجهات سبع: البنوة ثم الأبوة ثم الجدودة مع الأخوة ثم بنو الإخوة ثم العمومة ثم الولاء ثم بيت المال ومما تقدم يعلم أن العصبة إذا كان واحدا من أى جهة فإنه يستحق كل التركة إذا لم يوجد صاحب فرض، فإن وجد كان له الباقى، فإن لم يكن باق فلا شىء له. وإذا تعددت العصبات وتعددت جهاتهم، فإنه يقدم من كان من جهة البنوة كما سبق. فإذا تعددوا وكانوا من جهة واحدة قدم أقربهم درجة، فيقدم الابن على ابن الابن، والأب على الجد، ويقدم فروع الجد الأول مهما نزلوا على فروع الجد الثانى مهما علوا؛ لأنهم أقرب درجة. وإن اتحدت الجهة واتحدت الدرجة قدم الأقوى قرابة، وهو من تكون قرابته لأبوين، فإنه يقدم على من تكون قرابته لأب فقط، فيقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب، وابن الأخ الشقيق على ابن الأخ لأب وهكذا.
وإن تعددت العصبات وكانوا جميعا من جهة واحدة، وفى درجة واحدة، وقوة قرابتهم واحدة، استحقوا جميعا فى الميراث؛ إذ لا تفاوت بينهم ولا وجه لترجيح بعضهم على بعض، فيكونون فى التعصيب سواء. العصبة بالغير: وهن النساء اللاتى يصرن عصبة بالغير وهن أربع: بنت الصلب، وبنت الابن إذا لم توجد البنت، والأخت الشقيقة، والأخت لأب عند عدم الشقيقة، فإن هؤلاء الأربع يصرن عصبة بإخوتهن الذين فى قوتهن، ويعصب بنات الابن أيضا ببنى عمهن الذين فى درجتهن، ويعصبن كذلك ببنى إخوتهن، وبنى أبناء عمهن إذا احتجن إليهم فى التوريث. وذهب المالكية إلى أن الأخت الشقيقة أو لأب تعصب أيضا بالجد وتكون عصبة بالغير. وكذلك الحنابلة إذا لم يوجد أخ يعصبها. ومن لا فرض لها منهن يعصبها أيضا من دونها من بنى الابن. والأصل فى هذا قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَـٰدِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ۚ﴾. وقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانُوٓا۟ إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَآءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ۗ﴾. ومن لا فرض لها وأخوها عصبة لا تصير عصبة بأخيها، وذلك لأن النص الوارد فى صيرورة الإناث بالذكور عصبة إنما هو فى الموضعين: البنات بالبنين، والأخوات بالإخوة، والإناث فى كل منهما ذوات فروض. فمن لا فرض لها من الإناث كبنت الأخ مع أخيها، والعمة مع العم، لا يتناولها النص، والأخ ينقل أخته من فرضها حالة الانفراد إلى العصوبة، كى لا يلزم تفضيل الأنثى على الذكر أو المساواة بينهما.

العصبة مع الغير: وهى كل أنثى تصير عصبة مع أنثى غيرها، وهى الأخت الشقيقة أو لأب مع البنت سواء أكانت صلبية أم بنت ابن، وسواء أكانت واحدة أم أكثر، لقوله عليه الصلاة والسلام: «اجعلوا الأخوات مع البنات عصبة» والمراد من الجمعين (الأخوات) (والبنات) هو الجنس واحدا =

وقوله: وللجد الخير من ثلث وقسمة، وحيث فرض فمن ثلث باق وسدس وقسمة.

أى: اعلم أنه إذا اجتمع جد وإخوة، فقد يكون معهم ذو فرض واحد أو لا يكون.

الحالة الأولى: ألا يكون، فللجد[١] الأغبط من ثلث الجميع والقسمة حيث يكون معه أخ أو أخت، أو ثلاث أخوات، فالقسمة خير له، وإن كان أخوان أو أخ[٢] أو أختان أو أربع أخوات، فالقسمة والثلث سواء، وما عدا ذلك فالثلث خير له.

والحالة الثانية: أن يكون معهم ذو فرض، واستغرقت المال أو بقى السدس، فيأخذه فى الأولى عائلاً، وفى الثانية كاملاً،، ويسقط الإخوة، وإن بقى أكثر من السدس، فله الأغبط من ثلث الباقى والقسمة والسدس، فإن كانت الفروض النصف فالقسمة أغبط مع أخ وأخت أو ثلاث أخوات، وإن زادت واحدة استوت القسمة وثلث الباقى والسدس، فإن زاد أكثر فثلث الباقى والسدس سواء، وفى كلام القونوى فى هذا الموضع اضطراب يفهمه من يقف عليه.

وإن كان الفرض فوق النصف ودون ثلثين كبنت وزوجة، فالقسمة خير مع أخ أو أختين لأكثر، بل يفرده بالسدس، وإن كان الفرض قدر الثلثين، فإن خلف بنتين فالقسمة خير مع الأخت الواحدة وإلا فالسدس، وإن خلف أما وجدًا وأخا، فللأم الثلث والباقى بين الجد والأخ نصفين، فإن كان بدل الأخ أخت، فعندنا - وهو مذهب زيد - أن للأخت ثلث الباقى، وللجد الثلثين، فهذه المسألة تعرف بالخرقى لتخرق أقوال الصحابة رضى الله تعالى عنهم فيها، فعند أبى بكر[٣] - رضى الله تعالى عنه - للأم الثلث[٤] والباقى للجد، وعند عمر[٥] - رضى الله تعالى عنه-: للأخت النصف والباقى للجد والأم أثلاثًا، وعند عثمان[٦] - رضى الله تعالى عنه - لكل منهم[٧] الثلث، وعند على[٨] - رضى الله تعالى عنه-: للأخت النصف وللأم الثلث وللجد الثلث، وعند ابن مسعود[٩] - رضى الله تعالى

= كان أو متعددا. والفرق بين العصبة بالغير والعصبة مع الغير، أن المعصب لغيره يكون عصبة بنفسه، فتتعدى بسببه العصوبة إلى الأنثى. وفى العصبة مع الغير لا يكون ثمة عاصب بالنفس أصلا.

(١) فى ط: أن يكون للجد.

(٢) فى ط: كان أخ.

(٣) عزاه الحافظ فى التلخيص (٣/ ١٩٠) للبزار.

(٤) فى ط: للأخت الثلث.

(٥) أخرجه البيهقى فى السنن (٦/ ٢٥٢).

(٦) أخرجه البيهقى فى السنن (٦/ ٢٥٢).

(٧) فى ط: منهما.

(٨) أخرجه البيهقى فى السنن (٦/ ٢٥٢).

(٩) أخرجه البيهقى فى السنن (٦/ ٢٥٢).

عنه - للأخت النصف والباقى بين الجد والأم بالسوية[١].

---

(١) وهنا نفصل حالات ميراث الجد والجدة فنبدأ بالجد الصحيح عند عدم الإخوة: فالجد الصحيح هو الذى لا تدخل فى نسبته إلى الميت أم كأبى الأب، وأبى أبى الأب مهما علا. وهو من أصحاب الفروض ومن العصبات. ويحجب بالأب فلا يرث مع وجوده فإن لم يوجد الأب حل الجد محله، وورث باعتباره أبا، وكان له نفس حالات الأب الثلاث السابقة: السدس عند وجود الفرع المذكر فرضا، والفرض مع التعصيب عند وجود فرع مؤنث للمتوفى، والتعصيب فقط، فيأخذ التركة أو ما بقى منها إذا لم يوجد فرع وارث مطلقا. والدليل على ميراثه فى هذه الحالات هو نفس دليل توريث الأب. فهو أب فى الميراث وفى بعض الأحكام الأخرى. وقد سماه الله تعالى أبا فى قوله تعالى: ﴿كَمَآ أَخْرَجَ أَبَوَيْكُم مِّنَ ٱلْجَنَّةِ﴾ وهما آدم وحواء، وقوله تعالى على لسان يوسف عليه السلام: ﴿وَٱتَّبَعْتُ مِلَّةَ ءَابَآءِىٓ إِبْرَٰهِيمَ وَإِسْحَٰقَ وَيَعْقُوبَ﴾. ومثال هذا من السنة «ارموا بنى إسماعيل فإن أباكم كان راميا». وهذه الأحكام، إذا لم يوجد مع الجد إخوة للمتوفى (الجد مع الإخوة): اتفق الفقهاء على عدم توريث الإخوة أو الأخوات لأم مع الجد. أما بالنسبة للإخوة الأشقاء أو لأب فإن الأئمة: مالكا والشافعى وأحمد وصاحبى أبى حنيفة ذهبوا إلى توريث الإخوة الأشقاء أو لأب مع الجد. وذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن الجد يأخذ حكم الأب فيحجب الإخوة، ووافقه على ذلك ابن جرير الطبرى والمزنى وأبو ثور من أصحاب الشافعى، واستثنى الإمام أبو حنيفة من إقامة الجد مقام الأب مسألتين. واستدل أبو حنيفة ومن وافقه بأن الجد أب، فيقوم مقامه عند عدم وجوده، ويحجب الإخوة كما يحجبهم الأب، وقد سمى فى القرآن والسنة أبا، وهو يأخذ حكم الأب فى كثير من الأحكام، فيكون بمنزلة الأب فى حجب الإخوة، ولأن الجد المباشر فى أعلى عمود النسب بالنسبة للميت، وابن الابن المباشر فى أسفل العمود، وكل منهما يدلى إلى الميت بدرجة واحدة. والفقهاء متفقون على أن ابن الابن يحجب الإخوة فيجب أن يكون الجد كذلك. كما استدلوا بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقى فلأولى رجل ذكر» والجد أقرب إلى الميث من الأخ؛ إذ له قرابة ولاء وجزئية كالأب، ولا يحجبه عن الإرث سوى الأب. بخلاف الإخوة والأخوات، فإنهم يحجبون بثلاثة: بالأب والابن وابن الابن، والجد يرث بالفرض والتعصيب كالأب، والإخوة ينفردون بواحد منهما. واستدل القائلون بتوريث الإخوة مع الجد بأدلة هى: أولا: أن ميراث الإخوة أشقاء أو لأب قد ثبت بقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانُوٓاْ إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَآءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ ولم يرد نص يمنعهم الإرث، ولم يقم دليل على المنع. ثانيا: أن الجد والإخوة يتساوون فى درجة القرب من الميت. فإن كلا من الجد والإخوة يدلى إلى الميت بدرجة واحدة، فكل منهما يتصل به عن طريق الأب، فالجد أبو الأب، والأخ ابن الأب، وقرابة البنوة لا تقل عن قرابة الأبوة. ثالثا: أن الجد لا يقوم مقام الأب فى كل حال بل يختلف عنه فى بعض الأحكام، فالصغير لا يكون مسلما بإسلام الجد.

نصيب الجد مع الإخوة:

لم يرد نص فى الكتاب ولا فى السنة فى مقدار ميراث الجد مع الإخوة، وإنما ثبت الحكم باجتهاد الصحابة رضى الله عنهم. فمذهب الإمام على فى المشهور عنه أن للجد الباقى بعد فرض الأخوات إن لم يكن معهن أخ ما لم ينقص عن السدس، وإلا قاسم ما لم تنقصه المقاسمة عن السدس ولم يكن ثمة أحد من البنات أو بنات الابن. فإن نقصته عنه أو كان الباقى بعد فرض الأخوات أقل منه، أو كان معه أحد من البنات أو بنات الابن فرض له السدس. وعنه أنه كواحد منهم أبدا. ومذهب زيد بن ثابت أن نصيب الجد يجب ألا ينقص عن ثلث التركة إن كان ميراثه بالمقاسمة باعتباره عاصبا مع الإخوة والأخوات؛ إذ عنده أن الجد يعصب الإخوة =

. . . .

= والأخوات مطلقا، سواء أكانوا ذكورا فقط، أم ذكورا وإناثا، أم إناثا فقط. فإن كان مع إخوة أشقاء قاسمهم على أنه شقيق، وإن كان مع إخوة لأب قاسمهم على أنه أخ لأب، على ألا يقل نصيبه فى أى حال عن الثلث، وهذا ما ذهب إليه الأئمة: مالك، وأحمد بن حنبل، وأبو يوسف، ومحمد من الحنفية، وقيد الشافعية ذلك بما إذا لم يكن معه صاحب فرض، فإن كان معه صاحب فرض، فله خير ثلاثة أمور: إما المقاسمة، وإما ثلث الباقى، وإما ثلث جميع المال. ويضرب ابن قدامة مثلا لما ذهب إليه الحنابلة ومن معهم فيقول: إن كان مع الجد اثنان من الإخوة أو أربع أخوات أو أخ وأختان، فإن الجد يعطى الثلث من جميع المال لأن الثلث والمقاسمة سواء. فإن نقصوا عن ذلك فالثلث أحظ له فقاسم به لا غير، وإن زادوا فالثلث خير له، فأعطه إياه وسواء أكانوا من أب أم أبوين. ومذهب عبد الله بن مسعود: أن حكم الجد مع الأخوات المنفردات عن أخ أو فرع وارث يعصبهن أنه يرث الباقى باعتباره عصبة بعد أنصبة الأخوات وأنصبة من يوجد معهن من أصحاب الفروض، لكن على ألا يقل نصيبه عن الثلث، على معنى أنه إن كان نصيبه فى هذه الحالة أقل من الثلث أعطى الثلث. وحجته على ذلك أن نصيب الجد مع بنات المتوفى وحدهن لا يقل عن الثلث، فينبغى أن يكون كذلك إذا توفى عن جد وإخوة؛ لأن قرابة الفرع لها صلة أقوى من قرابة الأخ لأخيه. وما دام الفرع لا ينقص نصيب الجد عن الثلث فبالأولى يكون الثلث نصيبه مع الإخوة.

والمسألتان اللتان استثناهما الإمام أبو حنيفة من إقامة الجد مقام الأب فى الميراث والحجب هما: أولاهما: زوج وأم وجد. فإنه قال: إن للأم فى هذه المسألة ثلث جميع المال. ولو كان مكان الجد أب كان لها ثلث ما بقى. وثانيتهما: زوجة وأم وجد، فللأم ثلث جميع المال. وذكر أصحاب الإملاء عن أبى يوسف أن على قول أبى بكر الصديق للأم فى هذين الموضعين ثلث ما بقى أيضا. وهذا ما رواه أهل الكوفة عن ابن مسعود. وروى أهل البصرة عن عبد الله ابن عباس أن للزوج النصف، والباقى بين الجد والأم نصفين. وروى عن زيد بن هارون عن ابن عباس: أن للمرأة الربع، والباقى بين الأم والجد نصفين، وقد غلط الرواة كلهم زيدا فى هذه الرواية، فقالوا: إنما قال عبد الله بن عباس هذا فى: زوج وأم وجد.

والجدات نوعان: جدات صحيحات، وجدات غير صحيحات. فالجدة الصحيحة: هى التى لا يدخل فى نسبتها إلى الميت أب، أو هى التى تدلى بعصبة أو صاحبة فريضة كأم الأم. وغير الصحيحة: هى التى تدلى بمن ليس بعصبة، ولا صاحبة فريضة كأم أبى الأم. وميراث الجدة لم يرد فى القرآن الكريم، وإنما ثبت بالسنة المشهورة، وهو ما رواه المغيرة بن شعبة وغيره أن النبى صلى الله عليه وسلم أعطاها السدس، كما ثبت بإجماع الصحابة والسلف والخلف. والجدة الصحيحة من أصحاب الفروض. والجدة غير الصحيحة من ذوى الأرحام.

وللجدة الصحيحة فى الميراث حالتان: الأولى: أن ترث بطريق الفرض، ويكون فرضها السدس، تستقل به الجدة الواحدة، وتشترك فيه الجدات المتعددات، سواء أكانت الجدة من جهة الأم كأم الأم، أم من جهة الأب كأم الأب، أم من الجهتين معا كأم الأم التى هى أم أبى الأب أيضا. وإذا اجتمعت الجدة ذات القرابتين مع الجدة ذات القرابة الواحدة اشتركتا فى السدس مناصفة بينهما عند أبى يوسف، وهو الصحيح فى مذهب الشافعية، والقياس فى مذهب مالك؛ لأن تعدد جهة القرابة فى الجدة ذات القرابتين لم يكسبها اسما جديدا ترث به، بل هى فى القرابتين جدة. وذهب محمد بن الحسن وزفر والحسن بن زياد من الحنفية، والشافعية فى مقابل الصحيح: إلى أن السدس يقسم بينهما أثلاثا: الثلثان لذات القرابتين. وثلثه لذات القرابة =

وقوله: فلأخت عادت إلى النصف والباقى لولد الأب، ولا الأختين كثر[1] إلى الثلثين.

أى: إذا كان المعادة للجد، بولد الأب أنثى، فلا يأخذ ما حجب عنه الجد كله إلا إذا كان النصف فما دونه، فإن زاد على النصف شيء فهو لولد الأب كما إذا خلف جدًّا وأختا لأبوين وأخا لأب، وكانت المسألة من خمسة، للجد سهمان، وللأخت سهم وللأخ سهمان ثم من يد الأخ تمام النصف، ولم يوجد أصل فتضرب المسألة وهى خمسة فى مخرج النصف وهو اثنان تكون عشرة فتضرب للجد اثنان فى اثنين أربعة، وللأخت واحدة فى اثنين، اثنان، وللأخ اثنان فى اثنين، أربعة، تأخذ من يده ثلاثة للأخت للأبوين مع الاثنين فتكون خمسة تمام النصف وسهما له، فإن كانتا اثنتين فأكثر، أخذ بالحكم المعادة إلى ثلثين، وأفهم بقوله: إلى النصف أنه قد بقى لها، دونه كما إذا خلف أختًا لأبوين وأخًا لأب وجدًّا وزوجة فإن للزوجة الربع، والباقى يقسم خمسة أسهم للجد سهمان وللأخت ثلاثة وهو أقل من النصف، وأفهم بقوله: إلى الثلثين أنه قد يبقى دونهما، كما إذا خلف أختين لأبوين وأختًا لأب وجدًّا، فيقسم المال خمسة للجد سهمان ولهما ثلاث وهو أقل من الثلثين، ويستكملن الثلثين، إذا كن أربع أخوات اثنتان لأبوين واثنتان للأب، وللجد معهن الثلث لا ينقص عنه، وإن كثروا سواء كن نساء أو نساء معهن رجال من أب.

= الواحدة؛ لأن استحقاق الإرث مترتب على وجود سببه. فإذا اجتمع فى شخص سببان، وإن كانا متفقين ورث بهما، كالجدة ذات القرابتين، وكانت الجدة الواحدة كأنها جدتان، وهى وإن كانت واحدة فى شخصها حقيقة فإنها متعددة حكما ومعنى، فتستحق بالسببين بمقتضى هذا التعدد. وهذا مثل ما إذا اجتمع فى شخص واحد سببان مختلفان للإرث فإنه يرث بهما اتفاقا، كما إذا توفيت امرأة عن زوج هو ابن عمها الشقيق فإنه يأخذ النصف فرضا باعتباره زوجا، والباقى تعصيبا باعتباره ابن عم شقيق. الحالة الثانية للجدة: حجب الجدات كلهن بالأم، سواء أكن لأب أم لأم، أما الأميات فلأنهن يدلين بالأم. وأما الأبويات فلأنهن مثل الجدات لأم، بل هن أضعف، ولهذا تقدم الجدة من قبل الأم على الجدة لأب فى الحضانة. والجدات الأبويات يسقطن بالأب، وهو قول عثمان وعلى وزيد بن ثابت وغيرهم. ونقل عن عمر وابن مسعود وأبى مسعود: أن أم الأب ترث مع الأب، واختاره شريح والحسن وابن سيرين، لما رواه ابن مسعود من «أنه صلى الله عليه وسلم أعطى أم الأب السدس مع وجود الأب». والجدة القربى من أى جهة كانت من قبل الأم أو من قبل الأب تحجب البعدى من أى جهة كانت البعدى. وهذا مذهب على وإحدى الروايتين عن زيد بن ثابت، وهو مذهب الحنفية. وفى رواية أخرى عن زيد: أن القربى إن كانت من قبل الأب والبعدى من قبل الأم فهما سواء، والقولان منصوص عليهما فى كتب الشافعية. والصحيح عندهم أن القربى من جهة الأب لا تسقط البعدى من جهة الأم. وعلى الرواية الأولى يكون الحجب فى أربعة أقسام، وعلى الثانية يكون الحجب فى ثلاثة، وعلى هذه الرواية مذهب مالك، والشافعى فى الصحيح من قوليه، ومذهب الإمام أحمد.

(١) فى متن «الإرشاد»: ولأكثر إلى.

وقوله: ثم أخ لأبوين ثم لأب، ثم بنوهما كذا، ثم عم لأبوين ثم لأب ثم بنوهما كذا، ثم عم أب ثم بنوه، ثم عم جد، ثم بنوه وهكذا.

أى: إذا لم يخلف الميت فروعًا ولا أصولا فالعصبة الأخ للأبوين، فإن فقد فالأخ للأب، ثم ابن الأخ للأبوين ثم ابن الأخ للأب ثم بنوهما كذلك، ثم يقدم ابن الأخ للأبوين على ابن الأخ للأب، ويقدم ابن الأخ للأب على ابن ابن الأخ للأبوين، كما قدم الأخ للأب على ابن الأخ للأبوين، وإلى هذا أشار بقوله: ثم بنوهما كذلك.

وقد اعترض القونوى على صاحب الحاوى، فقال: لا يعلم منه[1] أن ابن الأخ من الأب مقدم على ابن ابن الأخ للأبوين، والحق أن ذلك مفهوم من كلامه كما بيناه.

ثم عم للأبوين ثم عم للأب ثم بنوهما كذلك، فراعينا فى بنى الأعمام ما راعينا فى بنى الإخوة، وعلى هذا الترتيب فى عم الأب وبنيه ثم عم الجد وبنيه، ويقدم البعيد من الجهة المقدمة على القريب من الجهة المؤخرة كابن الابن وإن سفل فيقدم[2] على الأخ، ويقدم ابن الأخ وإن سفل على العم، ويقدم ابن العم وإن سفل على عم الأب، وإن استويا فى درجة العصوبة، قدم من يدلى بالأبوين على من يدلى بالأب، إذا كان فى درجته لقوته، ولكن ليس لوالده ذلك القرب.

وقوله: ثم معتق ولو عاوضه، ثم ذكور عصبته بتقدير أنه الميت على دين العتيق ويؤخر هنا جد عن أخ وابنه.

أى: فإن لم تكن للميت عصبة من جهة النسب وله معتق، فهو عصبة بالولاء، سواء كان المعتق رجلًا أو امرأة[3]؛ لقوله ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق» وسواء كان العتق بعوض من

---

(١) فى ط: فعلم منه.

(٢) فى ط: مقدم.

(٣) أجمع الفقهاء على أن العتيق رجلا أو امرأة يرث جميع مال من أعتقه أو الباقى منه إذا اتفقا فى الدين، ولم يخلف العتيق من يرثه، أو خلف من يرث البعض. أما إذا اختلفا فى الدين فالجمهور على أنه لا توارث بينهما، وذهب الحنابلة فى الأصح إلى أن المسلم يرث عتيقه الكافر بالولاء وعكسه. (ولاء الموالاة): عقد الموالاة سبب من أسباب الإرث عند الحنفية مرتبته بعد مولى العتاقة. فمن أسلم على يدى رجل ووالاه وعاقده ثم مات ولا وارث له غيره فميراثه له. وقد روى ذلك عن عمر وابن مسعود والحسن وإبراهيم النخعى. واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ﴾ وعلى قراءة نافع (عاقدت) فالآية ثابتة الحكم مستعملة على ما تقتضيه من إثبات الميراث عند فقد ذوى الأرحام. وقد ورد الأثر عن النبى صلى الله عليه وسلم بثبوت هذا الحكم وبقائه عند عدم ذوى الأرحام، فقد روى عن «تميم الدارى أنه قال: يا رسول الله ما السنة فى الرجل =

العبد أم لا، فيثبت الولاء على من أعتق ولو بكتابه أو بشرائه نفسه، كأن قال له السيد: بعتك نفسك بألف فقال: اشتريت، فإنه يعتق ويلزم الألف ذمته، وكذا لو قال: أعتقتك بألف، فقال: قبلت، ويثبت له عليه الولاء كما لو أعتقه لله تعالى، وإن كان العوض من غير العبد، كما إذا قال له: اعتق عبدك لله تعالى بألف فأعتقه، فإن مات المعتق صار الولاء لذكور عصبته دون الإناث، فلا ترث امرأة بالولاء[1] إلا من عتيقها أو ممن ينتمى إلى عتيقها بنسب أو ولاء، وإذا ورثه عصبة المعتق ورثوه كما يرثون المعتق لو كان هو الميت اليوم على دين المعتق، فإن مات العتيق مسلما ورثه من العصبة من كان مسلمًا؛ لأنه لو مات المعتق اليوم مسلما لما ورثه إلا المسلم من عصبته، ولو كان العتيق كافرًا [ورثه من عصبة المعتق من كان كافرًا سواء مات المعتق كافرًا أو مسلمًا][2]، ولو خلف ثلاثة بنين وأولد أحدهم واحدًا والآخر أربعة والثالث خمسة وهلك الثلاثة وبقى بنوهم اقتسموا إرث العتيق أعشارا؛ لأنه لو مات المعتق اليوم لورثوه كذلك، والصحيح أن الجد فى الولاء يؤخر عن الإخوة وبنيهم؛ لأن الجد أبو أبى المعتق، والأخ ابن أبى المعتق، والبنوة أقوى فى العصوبة، وإنما لم ترث إناث العصبة فى الولاء؛ لأن الذكر لا يعصب الأنثى إذا تراخى النسب كابن الأخ والعم لا يعصب أخته، فالولاء أضعف من النسب المتراخى، فإذا لم ترث بنت العم، فبنت المعتق أولى ألا ترث.

وقوله: ثم معتقه ثم عصبته أو معتق أصل لمن رق أحد آبائه دونه.

أى: فإذا لم يبق للميت معتق ولا عصبة فعصبة الميت معتق المعتق [ثم عصبته، أى الميت][3]، فإن لم يمسه الرق ومس أحد أصوله، فعصبته معتق أصله ثم عصبته، فإن مسه

= يسلم على يدى الرجل من المسلمين؟ فقال: هو أولى الناس بمحياه ومماته» فقوله: هو أولى الناس بمماته يقتضى أن يكون أولاهم بميراثه، إذ ليس بعد الموت بينهما ولاية إلا فى الميراث. وقال مالك والشافعى وأحمد وابن شبرمة والثورى والأوزاعى: ميراثه للمسلمين. وقال يحيى بن سعيد: إذا جاء من أرض العدو فأسلم على يدى رجل فإن ولاءه لمن والاه. ومن أسلم من أهل الذمة على يدى رجل من المسلمين فولاؤه للمسلمين عامة. واستدل المالكية ومن معهم بقوله صلى الله عليه وسلم: «إنما الولاء لمن أعتق» ولأن أسباب الإرث محصورة فى رحم ونكاح وولاء، وليس هذا منها، والآية منسوخة بآية المواريث، ولذلك لا يرث مع ذى رحم شيئا، وقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ عَقَدَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ﴾ منسوخ. وقال الحسن: نسختها ﴿وَأُوْلُواْ ٱلۡأَرۡحَامِ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلَىٰ بِبَعۡضٖ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾ وقال مجاهد: ﴿فَـَٔاتُوهُمۡ نَصِيبَهُمۡ﴾ أى من العقل - الدية - والنصرة والرفادة. وليس هذا بوصية؛ لأن الوصى لا يشارك فى دية، فله الرجوع.

(١) فى ط: من الولاء.

(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٣) ما بين المعقوفين سقط فى ط

الرق ومس أصله قدم معتقه ثم عصبته، ثم بيت المال.

وقوله: والأولى به، فيجره، لا لنفسه معتق أب، ثم أب، فأب، ثم ذى قرب ثم ذكورة لم تتمحض، بجهة أب، ثم أنوثة، ثم بجهة أم كذلك.

أى: والأولى بالولاء فيمن رق أحد آبائه دون معتق الأب، ويتقرر له الولاء، ثم معتق الجد إن لم يكن أب أو كان وهو رقيق، فإذا أعتق جر الولاء إلى مواليه، ويجره أيضا من موالى الأم إلى مواليه.

ويتصور أن يكون الولد حرًّا لم يمسه رق وأبواه رقيقان فيما إذا تزوج رقيق امرأة زعمت أنها حرة واعترف بذلك ثم ولدت له ولدًا، وبانت أمة، فإنه الولد يكون حرًّا بينهما، وكذلك إذا وطئ الرقيق أمة ظنها زوجته الحرة، فإن الولد يكون حرًّا أيضًا، فإذا أعتقت أمه ثبت الولاء عليه لمواليها، فإذا أعتق أبوه بعد ذلك انجر الولاء إلى مواليه، ويقدم معتق الجد القائم مقام الأب على معتق الأم، ويجر الولاء منها وإن كان بعيدًا، هذا إذا أعتق الأب غيره، أما إذا اشترى أباه فعتق عليه فإنه لا يجر ولاء نفسه من معتق أمه، فإذا لم يعتق أحد من آبائه العصبات فإنه يعتبر القرب؛ فيقدم معتق الأم على معتق أم الأب، ومعتق أم الأم على معتق أم أبى الأب، فإن استووا فى القرب يقدم بالذكورة غير المحضة فى جهة الأب، وهى التى يدلى الذكر فيها بالأنثى على الأنوثة فى جهة الأب، فيقدم معتق أب أم الأب على معتق أم أمه، ثم بالأنوثة من جهة الأب على الذكورة من جهة الأم، فيقدم معتق أم أم الأب على أب أب الأم، ثم يقدم بالذكورة من جهة الأم على الأنوثة من جهتها، فيقدم معتق أب الأم على معتق أم الأم، ولو خلف إنسان حرًّا من حرين، ولا ولاء عليهما وكان فى أجداده رقيق، ويتصور فى نكاح الغرور، ووطء الشبهة فإذا أعتقت أم أمه، ثبت الولاء عليه لمعتقها، فإذا أعتقت بعد ذلك أبوأمه جر الولاء إلى مولاه، وإذا أعتقت أم الأب بعد ذلك انجر الولاء إلى من أعتقها، فإذا أعتق أبو أبيه بعد ذلك انجر الولاء إلى مولاه واستقر عليه لو كانت المسألة كحالها، لكن أبوه رقيق فأعتق الأب بعد عتق هؤلاء انجر الولاء إليه.

وقوله فى الحاوى: يقدم جهة الأب ويجر ولاء غيره مقرب أو قرب، ثم ذكر كل، فيه أمور:

أحدها: قوله: إن الولاء ينجر إلى جهة الأب مقررا، إن أراد بجهة الأب خاصة، فلاشك أن الولاء ينجر إليه مقررًا[1]، ولكن يكون قد أهمل ذكر[2] الجد، وإن أراد ما فسره

(١) فى ط: مفردًا.
(٢) فى ط: ذلك.

به الشارحون جهة الأبوة وهو مشكل؛ لأنا قد بينا أنه ينتقل من جهة الأبوة غير مقررة حتى ينتهي إلى الأب ثم يتقرر.

الثاني: قوله: وأقرب، إن أراد أن الأقرب مقدم على الإطلاق فهو مشكل؛ لأن معتق أبي الأب مقدم على معتق الأم فهي أقرب، وإن أراد: أقرب من جهة الأب خاصة فهو مشكل أيضا، فإن معتق أبي أبي الأب مقدم على معتق أم الأب وهي أقرب في جهة الأب.

الثالث: أن شارحي الحاوي فسروا قوله: أقرب، أن مراده أقرب أصل من أصول من لم يمسه الرق، فيكون مقتضى عطفه بالواو التشريك بين جهة الأب والأقرب في التقديم، فيكون معتق الأم مساويًا لمعتق أبي الأب؛ لأن في هذا فضيلة القرب، وفي هذا فضيلة الأبوة.

الرابع: أن قوله: ثم ذكر، يقتضي أن يكون الأقرب مقدما على الذكورة في كل؛ لأنه عطف بثم، وقد بينا أن معتق أبي أبي الأب مقدم على معتق أم الأب، والقرب والذكورة، إنما يطرد هذا الحكم فيهما، في غير محض الآباء؛ ولهذا عطف في الإرشاد بثم [وقد بيناه]، واكتفى في جهة الآباء بترتيبها عن ذكر القرب والذكورة؛ لأنه جعل الأب[1] أولى من الجد، وكل أب أولى من أبيه، وجعل أبي الأب وإن علا أولى من الأم؛ لما بيناه من أن الولاء في الأب ينجر من معتق أمه إلى معتق أبيه.

الخامس: أنا إن قلنا: إن المراد الذكورة التي تدلي فيها بالأنوثة، فهو مشكل؛ لأن مقتضى قوله: ثم ذكر أن كل معتق أبي أم أبيه، مقدم على معتق أمه، ولا يخفى فساد ذلك، فعلمت أن الذكورة[2] هنا حالة لا تراعى[3] إلا عند تساوي الدرجة، وأن الأقرب هنا مقدم على الإطلاق.

السادس: أن مقتضاه أيضًا تقديم الذكورة من جهة الأم على الأنوثة من جهة الأب، وليس كذلك، فقد صرح في العزيز والروضة وغيرهما أن أم أم الأب مقدمة على [معتق] أبي أم الأم بل تقدم على أبي أبي الأم.

وقوله: فلبنت انفردت من أب أعتقته، هي وابن، ما سوى الثمن، ومن عتيقه كمن الأخ نصف وربع.

أي: إذا كان رجل رقيقا وله ابن وبنت حران، فإن اشترياه وعتق عليهما فمات الابن ثم

---

(١) في ط: وللذكورة لأنه جعل الأول.
(٢) في ط: للذكورة.
(٣) في ط: لا يتراخى.

مات الأب، وخلف البنت وحدها حازت التركة إلا ثمنها؛ لأن لها النصف فريضة ولها نصف الباقى وهو ربع الجميع؛ لكونها معتقة نصف أبيها، ولها نصف الباقى أيضًا وهو نصف الجميع؛ لكونها معتقة نصف أبى معتق النصف الآخر، وهو أخوها ويبقى من التركة الثمن وهو لبيت المال، ولو كان للأب عتيق ومات بعده ولم يخلف غيرها فلها من تركته النصف والربع، أما النصف فلكونها معتقه نصف معتقه، والربع لكونها معتقة نصف أصل معتق نصف من أعتقه، وكذا لو مات الأخ بعد الأب وخلفها وحدها أخذت النصف بالفريضة ونصف النصف وهو الربع؛ لكونها معتقة نصف أبيه والباقى لبيت المال.

وقوله فى الحاوى: فرده، أراد انفردت ولا يخفى ما بين العبارتين؛ فإن الفردة تفهم أنها بنت واحدة لا أنه لا وارث غيرها بخلاف انفردت؛ ولهذا نقول: انفردت النسوة، ولا نقول: فردة النسوة.

ولو مات عتيق الأب وخلف هذه البنت وأخاها كان الولاء للأخ خاصة؛ لأنه عصبة بنفسه دون البنت، وحكوا أنه غلط فى هذه أربعمائة قاض أشركوها معه فى الولاء. والله أعلم.

وقوله: ومن أخت أعتقت معها الأم، والأم وأجنبى الأب الثلثان وثلث للأجنبى.

أى: فلو أعتقت هذه البنت المنفردة هى وأخت لها أمهما، ثم إن الأم أعتقت أباهما هى وأجنبى، ثم ماتت إحدى البنتين بعد موت الأبوين وانفردت الأخرى، فلها ثلثا مال الميت، والثلث للأجنبى؛ لأن لها النصف بالفريضة، والنصف الثانى لمعتق الأب ومعتقة الأم والأجنبى؛ فربع الجميع للأجنبى والربع للأم فيكون لمعتقها - ومعتقها الأختان - فلكل منهما الثمن، لكن إحداهما ميتة فنصيبها وهو نصف الثمن لمعتقها، ومعتقها الأختان فتدور المسألة، لكنه دور يعلم منه أن للأجنبى من النصف ضعف ما للأخت فيجعل النصف بينهما أثلاثًا، فتقسم التركة من ستة أسهم نصفها وهو ثلاثة للأخت بالفريضة، وسهم آخر لها بالولاء، وسهمان للأجنبى، وأما ابن الحداد[1] فقال: السهم الدائر وهو الثمن يجعل

(١) هو: محمد بن أحمد بن محمد بن جعفر، أبو بكر ابن الحداد الكنانى، المصرى، شيخ الشافعية بالديار المصرية. ولد يوم موت المزنى فى رمضان سنة أربع وستين، كان فقيهًا، عالمًا، كثير الصلاة والصيام، يصوم يومًا ويفطر يومًا، ويختم القرآن في كل يوم وليلة قائمًا مصليًا، وكان نسيج وحده فى حفظ القرآن، واللغة، والتوسع فى علم الفقه، وكان عالمًا - أيضًا - بالحديث والأسماء والرجال والتأريخ، له كتاب «أدب القضاء» فى أربعين جزءًا، وكتاب «الباهر» فى الفقه فى نحو مائة جزء، وكتاب جامع الفقه، وغير ذلك. توفى فى المحرم سنة أربع، وقيل: خمس وأربعين وثلاثمائة.
تنظر ترجمته فى: طبقات ابن قاضى شهبة (١/ ١٣٠)، طبقات السبكى (٣/ ٧٩).

فى بيت المال، وقال غيره: يجعل هذا الثمن كأن لم يكن وتقسم التركة على سبعة أسهم، خمسة لها وسهمان للأجنبى.

وقوله: ثم بيت المال، ثم يرد بالنسبة فى ذوى الفروض لا بزوجته[١]، ثم ذو رحم، كل كمن يدلى به.

أى: فإن لم يكن للميت عصبة ولا معتقة أصل، فعصبته بيت المال، فيكون له الكل عند عدم الوارث، والفاضل عن ذوى الفروض عند وجودهم كالبنات ونحوهن، فإن لم يكن للمسلمين بيت مال أو كان ولم ينتظم أمره، رد المال الباقى على ذوى الفروض ما خلا الزوج والزوجة على الأصح؛ لعدم القرابة، فإن لم يكونوا صرف المال إلى القاضى إن كان فيه شروط القضاء وأذن له أن يتصرف فى المصالح، وكذا إن لم يؤذن له على الأصح؛ فإن لم يكن صرفه الأمين فى المصالح إن كان فى يده، وإلا سلم إلى أمين ثم الرد على ذوى الفروض يكون بنسبة فروضهم إن تعددت جهاتها، وإن كان شخصًا واحدًا دفع إليه فرضه والباقى بالرد، وإن كانوا جماعة من صنف، فالباقى بينهم بالتسوية، فإن ماتت عن زوج وبنت وأم، فالمسألة من اثنى عشر: للأم سدسها وهو اثنان، وللبنت نصفها وهو ستة، وللزوج الربع وهو ثلاثة، يبقى سهم، ثلاثة أرباعه للبنت وربعه للأم ولا شىء للزوج منه، فإن لم يكن ذو فرض أخذه ذو رحم.

وقوله: كل كمن يدلى به، فيه إشارة إلى مذهب أهل التنزيل؛ لأنهم ينزلون كل فرع منزلة أصله، ويقدمون الأقرب إلى الوارث وينزلون الأخوال والخالات بمنزلة الأم، والأعمام من الأم، والعمات مطلقا بمنزلة الأب، وأهل القرابة يورثون الأقرب منهم إلى الميت فالأقرب كالعصبة، فإن استووا فى القرب ورثوا جميعا.

وقوله: ويقدم الأسبق إلى وارث ثم افرض الوارث، ورث وورثوه، وسو بين فروع ولد الأم وخئولة كأمومة وعمومة كأبوة.

أى: ويقدم الأسبق من ذوى الأرحام إلى الوارث لا إلى الميت، فبنت ابن البنت، وبنت بنت الابن عند أهل التنزيل كالبنت وبنت الابن نظرًا إلى القرب من الوارث، وأهل القرابة يقدمون بنت الابن[٢] فتأخذه كله؛ لأنها أقرب إلى الميت.

ولو خلف بنت ابن بنت وبنت بنت ابن، فالمال للثانية بالاتفاق؛ لاستوائهما فى القرب من الميت، وانفردت الثانية بالقرب من الوارث.

---

(١) فى متن «الإرشاد»: بزوجيه.
(٢) فى ط: البنت.

وترك[١] بنات الإخوة من الأم وبنوهم وبنات الإخوة من الأب والأم أو الأب، كل منهم بمنزلة أبيه وأمه، وإن سفلوا بطنا بعد بطن؛ لعدم[٢] الأسبق منهم إلى الوارث كما ذكرناه.

فإذا خلف بنت أخت وابنى أخت أخرى، وهما من الأب والأم أو من الأب، فنصفه للبنت ونصفه للابنين، أو ثلاث بنات إخوة متفرقين، فالسدس لبنت الأخ من الأم والباقى لبنت الأخ من الأبوين.

وينزل الأجداد الفاسدون[٣] والجدات الفاسدات[٤] كل منهم بمنزلة ولده بطنا بعد بطن، لعدم الأسبق منهم إلى الوارث ففى أم أبى الأم، وأبى أم أم الأم، المال للثانى لأنه أسبق إلى الوارث.

وينزل الأخوات والخالات منزلة الأم، ويقسم المال بينهم إذا انفردوا على حسب ما يأخذون من تركة الأم.

وينزل الأعمام من الأم والعمات ولو من الأبوين بمنزلة الأب، وأولاد الأخوال والخالات وأولاد الأعمام والعمات منزلة آبائهم وأمهاتهم عند الانفراد والاجتماع، ولذلك قلنا: وخئولة وعمومة؛ ليشمل الأصول والفروع وكل هؤلاء من سبق منهم إلى الوارث وكان واحدًا كان مثله، فإن استووا فى السبق إلى الوارث قدرت، كأن الميت خلف من يدلون به من الورثة، واحدًا كان أو جماعة، ثم نجعل نصيب كل واحد للمدلين به على حسب ميراثهم لو كان هو الميت، وهو المراد بقوله: ثم افرضه ورث وورثوه فيكون للذكر مثل حظ الأنثيين، إلا فروع ولد الأم فإنه يجعل ذكورهم وإناثهم سواء، كما ذكره الجمهور من أهل التنزيل، لكن الإمام قال: قياس مذهبهم تفضيل الذكر؛ لأنهم يقدرون أولاد الوارث كأنهم يرثون منه.

وقوله فى الحاوى: وقسم نصيب كل على مشبهه كإرثه منه، يرد عليه أولاد ولد الأم فإنه لا يفضل ذكرهم كما نص عليه الجمهور[٥].

---

(١) فى ط: وينزل.

(٢) فى ط: يقدم.

(٣) فى ط: الساقطون.

(٤) فى ط: والساقطات.

(٥) فى توريث ذوى الأرحام اختلاف بين الصحابة والتابعين والفقهاء بعدهم، فمنهم من قال بتوريثهم، ومنهم من منع ذلك. فممن قال بتوريثهم من الصحابة على وابن مسعود وابن عباس فى أشهر الروايات عنه، ومعاذ بن جبل وأبو الدرداء وأبو عبيدة بن الجراح، ومن التابعين شريح والحسن وابن سيرين وعطاء ومجاهد. وممن قال بعدم توريثهم: زيد بن ثابت، وابن عباس فى رواية عنه، وسعيد بن المسيب، وسعيد بن جبير، ومنهم من روى ذلك عن أبى بكر وعمر وعثمان، ولكن هذا غير صحيح؛ فإنه حكى أن المعتضد سأل أبا حازم القاضى عن هذه المسألة فقال أبو حازم: أجمع =

. . . .

= أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم غير زيد بن ثابت على توريث ذوى الأرحام، ولا يعتد بقوله بمقابلة إجماعهم. وأما الفقهاء فممن قال بتوريثهم: الحنفية والإمام أحمد، ومتأخرو المالكية والشافعية وعيسى بن أبان، وأهل التنزيل رحمهم الله. وممن قال بأنهم لا يرثون: سفيان الثورى ومتقدمو المالكية والشافعية. أدلة المانعين:

واستدل من لا يقول بتوريث ذوى الأرحام بما يلى: أولا: أن الله - تعالى - نص فى آيات المواريث على بيان أصحاب الفرائض والعصبات، ولم يذكر لذوى الأرحام شيئا، ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا﴾ وأدنى ما فى الباب أن يكون توريث ذوى الأرحام زيادة على كتاب الله، وذلك لا يثبت بخبر الواحد أو القياس. ثانيا: «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن ميراث العمة والخالة فقال: نزل جبريل عليه السلام وأخبرنى ألا ميراث للعمة والخالة».

أدلة القائلين بتوريث ذوى الأرحام:

واستدل من قال بتوريث ذوى الأرحام بما يأتى: أولا: بقوله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾ إذ معنى الآية بعضهم أولى من بعض، فقد أثبتت استحقاق ذوى الأرحام بوصف عام، هو وصف الرحم، فإذا انعدم الوصف الخاص، وهو كونهم أصحاب فروض أو عصبات، استحقوا بالوصف العام، وهو كونهم ذوى رحم، ولا منافاة بين الاستحقاق بالوصف العام والاستحقاق بالوصف الخاص، فلا يكون ذلك زيادة على كتاب الله. ثانيا: «أن النبى صلى الله عليه وسلم قال: الله ورسوله مولى من لا مولى له، والخال وارث من لا وارث له». وفى حديث آخر «الخال وارث من لا وارث له، يرثه ويعقل عنه» وذهب بعض أئمة المالكية إلى أن ذوى الأرحام يرثون إذا لم يكن هناك أصحاب فروض، ولا عصبة، ولم يكن الإمام عدلا. وأجمع متأخرو الشافعية على أنه إذا كان بيت المال غير منتظم فإن ذوى الأرحام يرثون إذا لم يوجد أصحاب فروض أو عصبة. والمراد بعدم انتظامه ألا يصرف الإمام التركة فى مصارفها الشرعية.

والمالكية والشافعية كالحنفية والحنابلة، يقدمون الرد فى حال وجود أصحاب فروض لم يستغرقوا التركة على توريث ذوى الأرحام، فإن لم يكونوا، ورث ذوو الأرحام بالقيد السابق. ومن انفرد من ذوى الأرحام أخذ جميع التركة ذكرا كان أو أنثى، أما إذا تعددوا، فقد اختلف فى كيفية توريثهم عند القائلين به على ثلاثة مذاهب: ١ - مذهب أهل القرابة. ٢ - مذهب أهل الرحم. ٣ - مذهب أهل التنزيل.

وأهل القرابة هم الذين يعتبرون قوة القرابة فى توريث ذوى الأرحام، فيقدمون الأقرب فالأقرب كما هو الحال فى إرث العصبات، وهذا هو السبب فى تسميتهم بأهل القرابة. فكما أن للعصبات النسبية جهات أربعا، فكذلك ذوو الأرحام؛ لأن القريب الذى ليس صاحب فرض ولا عاصبا، إما أن يكون من فروع الميت، أو من أصوله، أو من فروع أبويه، أو من فروع أجداده وجداته. وتقديم الأقرب هو مذهب الحنفية. وهو رواية عن الإمام أحمد، وبه قطع من الشافعية البغوى والمتولى.

وذوو الأرحام عندهم أصناف أربعة: الصنف الأول: من ينتسب إلى الميت، وهم أولاد البنات وإن نزلوا، وأولاد بنات الابن كذلك. الصنف الثانى: من ينتسب إليهم الميت، وهم الأجداد الرحميون وإن علوا، كأبى أم الميت وأبى أبى أمه، والجدات الرحميات وإن علون، كأم أبى أم الميت، وأم أم أبى أمه. الصنف الثالث: من ينتسب إلى أبوى الميت أو أحدهم. وهم أولاد الأخوات وإن نزلوا، سواء أكانوا ذكورا أم إناثا، وسواء أكان الأخوات لأب وأم، أم لأب، أم لأم، وبنات الإخوة وإن نزلوا، سواء أكانت الأخوة من الأبوين، أم من الأب، أم من الأم، وبنو الإخوة لأم وإن نزلوا. الصنف الرابع: من ينتسب إلى جدى الميت، أو أحدهما، وهما - =

. . . .

= أى جدا الميت - أبو الأب، وأبو الأم، أو ينتسب إلى جدتيه أو إحداهما، وهما أم الأب، وأم الأم، ويشمل ذلك العمات على الإطلاق، والأعمام لأم، وبنات الأعمام والأخوال والخالات وإن تباعد هؤلاء، وأولادهم وإن نزلوا. كيفية التوريث بين الأصناف:

اختلفت الرواية عن الإمام أبى حنيفة فى تقديم بعض هذه الأصناف على بعض. فروى أبو سليمان عن محمد بن الحسن عن أبى حنيفة أن أقرب الأصناف إلى الميت وأولاهم بالتقديم فى الوراثة عنه هو الصنف الثانى، وهم الرحميون من الأجداد والجدات وإن علوا، ثم الصنف الأول وإن نزلوا، ثم الصنف الثالث وإن نزلوا، ثم الصنف الرابع وإن بعدوا بالعلو والنزول. وتابعه فى ذلك عيسى بن أبان عن محمد عن أبى حنيفة. وروى أبوَ يوسف والحسن بن زياد عن أبى حنيفة، وابن سماعة عن محمد بن الحسن عن أبى حنيفة: أن أقرب الأصناف وأولاهم بالتقديم إلى الميت فى الميراث الصنف الأول، ثم الثانى، ثم الثالث، ثم الرابع، كترتيب العصبات، إذ يقدم منهم الابن، ثم الأب، ثم الجد، ثم الإخوة ثم الأعمام، وهو المأخوذ للفتوى. ووفق بين الروايتين بأن ما رواه أبو سليمان عن محمد هو قول أبى حنيفة الأول، وما رواه أبو يوسف هو قوله الثانى. وعند أبى يوسف ومحمد أن الصنف الثالث، وهم أولاد الأخوات، وبنات الإخوة، وبنو الإخوة لأم، مقدم على الجد أبى الأم، وإن كان قياس مذهبهما فى الجد أبى الأب - وهو مقاسمة الإخوة والأخوات ما دامت القسمة خيرا له من ثلث جميع المال - يقتضى ألا يقدم الصنف الثالث على الجد أبى الأم. وتوجيه الروايتين عن أبى حنيفة: أن الأولى جرى فيها على قياس مذهبه فى العصبات، حيث قدم ها هنا الجد أبا الأم الذى هو فى درجة الجد أبى الأب على أولاد أبى الميت، فلا يرثون معه، أما الثانية وهى تقديمه أولاد الميت فى ذوى الأرحام على الجد أبى الأم فهى جارية على مذهبه فى العصبات، حيث كان فيها ابن الابن مقدما على الجد أبى الأب. كيفية توريث كل صنف:

الصنف الأول: وهو أولاد البنات وأولاد بنات الابن، أولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت، كبنت البنت، فإنها أولى بالميراث من بنت بنت الابن؛ لأن بنت البنت تدلى إلى الميت بواسطة واحدة، والثانية بواسطتين. وإن استووا فى الدرجة، بأن يدلوا كلهم إلى الميت بدرجتين أو ثلاث، فحينئذ يقدم ولد الوارث على ولد ذى الرحم، كبنت بنت الابن، فإنها أولى من ابن بنت البنت؛ لأن الأولى ولد بنت الابن، وهى صاحبة فرض، والثانية ذات رحم، وسبب هذه الأولوية أن ولد الوارث أقرب حكما، والترجيح يكون بالقرب الحقيقى إن وجد، وإلا فبالقرب الحكمى.

وإن استوت درجاتهم فى القرب، ولم يكن فيهم ولد وارث كبنت ابن البنت، وابن بنت البنت، أو كانوا كلهم يدلون بوارث، كابن البنت وبنت البنت، فعند أبى يوسف والحسن بن زياد يعتبر أشخاص الفروع المتساوية الدرجات، ويقسم المال عليهم باعتبار حال ذكورتهم وأنوثتهم، سواء أكان أصولهم متفقين فى الذكورة أو الأنوثة أم لا. فإن كانت الفروع ذكورا فقط، أو إناثا فقط تساووا فى القسمة. وإن كانوا ذكورا وإناثا فللذكر مثل حظ الأنثيين. ولا يعتبر فى القسمة حال أصولهم من الذكورة والأنوثة. وهو رواية شاذة عن أبى حنيفة. ويعتبر محمد أشخاص الفروع إن اتفقت صفة الأصول فى الذكورة أو الأنوثة، ويعتبر الأصول إن اختلفت صفاتهم، ويعطى الفروع ميراث الأصول. وهو القول الأول لأبى يوسف وأشهر الروايتين عن أبى حنيفة. وجهة قول أبى يوسف: أن استحقاق الفروع إنما يكون لمعنى فيهم، وهو القرابة، لا لمعنى فى غيرهم، فقد اتحدت الجهة، وهى الولادة، فيتساوى الاستحقاق فيما بينهم، وإن اختلفت الصفة =

. . . .

= فى الأصول. ونظير ذلك أن صفة الكفر أو الرق غير معتبرة فى المدلى به، وإنما الذى يعتبر صفة المدلى، فكذا تعتبر فيه صفة الذكورة أو الأنوثة فقط. ووجه قول محمد: أن الميت لو ترك عمة وخالة، فإن للعمة الثلثين، وللخالة الثلث باتفاق الصحابة، ولو كانت العبرة بأشخاص الفروع لكان المال بينهما نصفين، وبذلك يكون المعتبر فى القسمة صفة الأصل المدلى به، وهو الأب فى العمة، والأم فى الخالة.

ولو ترك بنت ابن بنت، وابن بنت بنت فالمال عند أبى يوسف والحسن أثلاثا: ثلثاه لابن بنت البنت، لكونه ذكرا، وثلثه للبنت. وعند محمد يكون المال بين الأصول (البطن الثانى)، وهو أول ما وقع فيه الاختلاف بالذكورة والأنوثة، وهو بنت البنت وابن البنت أثلاثا: لبنت ابن البنت ثلثاه؛ لأنه نصيب أبيها، وثلثه لابن بنت البنت؛ لأنه نصيب أمه. وكما اعتبر عند محمد حال الأصول فى البطن الثانى، فكذلك يعتبر عنده حال الأصول المتعددة، إذا كان فى أولاد البنات المتساوية فى الدرجة بطون مختلفة، فحينئذ يقسم المال على أول بطن اختلف فى الأصول بالذكورة والأنوثة: للذكر مثل حظ الأنثيين، ثم يجعل الذكور من أول بطن اختلف فيه على حدة، والإناث أيضا طائفة أخرى على حدة، بعد القسمة على الذكور والإناث، فما أصاب الذكور من أول بطن وقع فيه الاختلاف يجمع ويعطى فروعهم بحسب صفاتهم إن لم يكن فيما بينهم وبين فروعهم من الأصول اختلاف فى الذكورة والأنوثة، بأن يكون جميع ما توسط بينهما ذكورا فقط أو إناثا فقط.

وإن كان ما توسط بينهما فيه اختلاف، بأن كانوا ذكورا وإناثا يجمع ما أصاب الذكور ويقسم على أعلى أول درجة اختلف فيها ذكورة وأنوثة فى أولادهم، ويجعل الذكور طائفة والإناث طائفة أخرى حسبما سبق، وكذلك ما أصاب الإناث يعطى فروعهن، إن لم تختلف الأصول التى بينهما، فإن اختلفت يجمع ما أصابهن ويقسم على نحو ما سبق وهكذا يكون الحال. هذا وإن مشايخ بخارى أخذوا بقول أبى يوسف رحمه الله تعالى فى مسائل ذوى الأرحام لأنه أيسر. (الصنف الثانى):

وهم الرحميون من الأجداد والجدات، والحكم فى توريثهم أن أولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت من أى جهة كان، من جهة الأب أو الأم، فأبو الأم أولى من أبى أم الأم. وعند الاستواء فى درجات القرب يقدم من يدلى بوارث على من لا يدلى بوارث عند أبى سهل الفرضى وأبى فضل الخفاف وعلى بن عيسى البصرى؛ إذ عندهم يكون أبو أم الأم أولى من أبى أبى الأم؛ لأنهما يستويان فى الدرجة، لكن أبا أم الأم يدلى بوارث، وهى الجدة الصحيحة (أم الأم) والثانى يدلى بغير وارث، وهو الجد الرحمى أبو الأم، وهو لا يرث مع الأم. وعند أبى سليمان الجوزجانى وأبى على البستى لا تفضيل لمن يدلى بوارث على من لا يدلى بوارث، ويقسم المال فى الصورة المذكورة أثلاثا: ثلثاه لأبى أبى الأم، وثلثه لأبى أم الأم، محتجين بأن الترجيح فى هؤلاء بالإدلاء بوارث يؤدى إلى جعل الأصل - وهو الجد والجدة - تابعا للفرع، وهو خلاف المعقول.

وإن استوت درجاتهم فى القرب والبعد، وليس فيهم مع ذلك من يدلى بوارث كأبى أبى أم الأب، وأم أبى أم الأب، أو كانوا كلهم يدلون بوارث، كأبى أم أبى أبى الأب، وأبى أم أم أم الأب، واتفقت صفة من يدلون بهم فى الذكورة والأنوثة، فإن الجد والجدة فى هذه الحالة متحدان فيمن يدليان به، فلا يتصور اختلاف فى صفة المدلى به، فتكون القسمة حينئذ على أشخاصهم للذكر مثل حظ الأنثيين، فيكون لأبى أبى أم الأب الثلثان، ولأبى أبى أم الأب الثلث. وإن استوت الدرجة واختلفت صفة من يدلون بهم فى الذكورة والأنوثة، كأبى أم أبى =

. . . .

= أبى الأب وأبى أم أم الأب، يقسم المال على أول بطن اختلف فيه، كما فى الصنف الأول، فيجعل للذكر مثل ضعف نصيب الأنثى، ويتبع ما اتبع فى توريث الصنف الأول بعد الاختلاف.

وإن اختلفت قرابتهم مع استواء درجاتهم، كما إذا ترك أم أبى أم أبى الأب، وأم أبى أبى أبى الأم، فالثلثان لقرابة الأب وهو نصيب الأب، والثلث لقرابة الأم؛ لأن الذين يدلون بالأب يقومون مقامه، والذين يدلون بالأم يقومون مقامها، فيجعل المال أثلاثا، كأنه ترك أبا وأما. ثم ما أصاب كل فريق يقسم بينهم، كما لو اتحدت قرابتهم، على معنى أنه يقسم الثلثان على قرابة الأب، والثلث على قرابة الأم. والضابط أنه إما أن يكون هناك استواء فى الدرجة أو لا. فإن لم يكن استواء فالأقرب هو الأولى بالميراث، وإن وجد استواء فى الدرجة فإما أن تتحد القرابة أو تختلف، فإن اختلفت يقسم المال أثلاثا. وإن اتحدت: فإن اتفقت صفة الأصول فالقسمة على أشخاص الفروع. وإن لم تتفق يقسم المال على الخلاف كما فى الصنف الأول. (الصنف الثالث):

وهم أولاد الأخوات، وبنات الإخوة مطلقا، وبنو الإخوة لأم. والحكم فيهم أن أولاهم بالميراث أقربهم درجة إلى الميت، فبنت الأخت أولى من ابن بنت الأخ، لقربها، وإن استووا فى درجة القرب فولد العصبة أولى من ولد ذوى الأرحام، كبنت ابن الأخ، وابن بنت الأخت، سواء أكان كلاهما لأب وأم، أم لأب، أم مختلفين، فالمال كله لبنت ابن الأخ؛ لأنها ولد العصبة. وإن كانت المسألة بنت ابن الأخ، وابن الأخ لأم، كان المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين عند أبى يوسف باعتبار الأشخاص؛ لأن الأصل فى المواريث تفضيل الذكر على الأنثى، وإنما ترك هذا الأصل فى أولاد الأم بالنص على خلاف القياس وهو قوله تعالى: ﴿فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ﴾ وما كان مخصوصا عن القياس لا يلحق به ما ليس فى معناه من جميع الوجوه. وليس أولاد هؤلاء فى معناهم من كل وجه، إذ لا يرثون بالفرضية شيئا، فيجرى فيهم ذلك الأصل وهو أن للذكر ضعف الأنثى، وأيضا فإن توريث ذوى الأرحام بمعنى العصوبة، فيفضل فيه الذكر على الأنثى، كما فى حقيقة العصوبة. وعند الإمام محمد: المال بينهما مناصفة باعتبار الأصول، وهو ظاهر الرواية، والوجه فيه أن استحقاقهما للميراث بقرابة الأم، وبهذا الاعتبار لا تفضيل للذكر على الأنثى أصلا، بل ربما تفضل الأنثى عليه، فإن أم الأم صاحبة فرض بخلاف أبى الأم، فإن لم تفضل الأنثى هنا فلا أقل من التساوى.

وإن استووا فى القرب وليس بعضهم ولد العصبة، وبعضهم ولد ذوى الأرحام، كأن يكون الكل أولاد العصبة، كبنت أخ شقيق، وبنت أخ لأب، أو يكون الكل أولاد أصحاب الفروض، كثلاثة أولاد ثلاث أخوات متفرقات، أو يكون الكل أولاد ذى الرحم كبنت بنت أخ، وابن بنت أخ آخر، أو يكون البعض ولد العصبة، والبعض الآخر ولد صاحب الفرض، كثلاث بنات ثلاثة إخوة مفترقين، فأبو يوسف رحمه الله تعالى يعتبر الأقوى فى القرابة، فعنده يجعل المال أولا لأولاد بنى الأعيان، ثم لأولاد بنى العلات إن لم يوجد أولاد بنى الأعيان، ثم لأولاد بنى الأخياف إن لم يوجد أولاد بنى العلات، للذكر مثل حظ الأنثيين.

وإن لم يوجد الأقوى بأن يتساووا فى القوة، يقسم المال بين أبدانهم للذكر مثل حظ الأنثيين، ومحمد رحمه الله تعالى يقسم المال على الإخوة والأخوات، كما لو كانوا هم الورثة دون فروعهم، مع اعتبار عدد الفروع والجهات فى الأصول، وهو الظاهر من قول الإمام أبى حنيفة رحمه الله تعالى، ثم يقسم ما أصاب كل فريق من تلك الأصول بين فروعهم، كما تقرر فى الصنف الأول، مثال ذلك: لو ترك ثلاث بنات إخوة متفرقين وثلاث بنين وثلاث بنات من أخوات مفترقات بهذه الصورة: ميت ١ - بنت أخ لأبوين ٢ - ابن وبنت أخت لأبوين ٣ - بنت أخ =

. . . .

= لأب ٤ - ابن وبنت أخت لأب ٥ - بنت أخ لأم ٦ - ابن وبنت أخت لأم عند أبى يوسف رحمه الله تعالى يقسم كل المال بين فروع بنى الأعيان، ثم بين فروع بنى العلات، ثم بين فروع بنى الأخياف، للذكر مثل حظ الأنثيين أرباعا، باعتبار أبدان الفروع وصفاتهم، فيعطى بنت الأخ لأبوين النصف، وبنت الأخت لأبوين الربع، فإن لم يوجد فروع بنى الأعيان، يقسم على فروع بنى العلات أرباعا أيضا باعتبار أبدانهم، لابن الأخت من الأب النصف، ولبنت الأخ من الأب الربع، ولبنت الأخت من الأب الربع. فإن لم يوجد فروع بنى العلات يقسم المال على فروع بنى الأخياف أرباعا أيضا باعتبار الأبدان، وقدم أولاد بنى العلات على أولاد بنى الأخياف؛ لأن قرابة الأب أقوى من قرابة الأم، فأصل المسألة على رأيه من أربعة ومنها تصح. وعند محمد رحمه الله تعالى يقسم ثلث المال بين فروع بنى الأخياف على السوية أثلاثا، لاستواء أصولهم فى القسمة، فإذا اعتبر عدد الفروع فى الأخت، صارت كأنها أختان لأم، فتأخذ هى ثلثى المال ويأخذ الأخ لأم ثلثه، ثم ينتقل ما أصاب الأخ، وهو تسع المال لبنته، وما أصاب الأخت وهو تسع المال إلى ابنها وابنتها بالسوية، وثلثا المال يقسم بين بنى الأعيان أنصافا، باعتبار عدد الفروع فى الأصول، نصفه لبنت الأخ نصيب أبيها، والنصف الآخر بين ولدى الأخت المقدرة بأختين أثلاثا، للذكر مثل حظ الأنثيين، باعتبار الأبدان، ولا شىء لفروع بنى العلات؛ لأنهم محجوبون ببنى الأعيان كما سبق، فتصح هذه المسألة عند محمد رحمه الله تعالى من تسعة، ثلاثة منها لفروع بنى الأخياف الثلاثة بالسوية، وثلاثة لبنت الأخ لأبوين، وثلاثة لولدى الأخت لأبوين، للذكر مثل حظ الأنثيين. الصنف الرابع:

هو الذى ينتسب إلى أحد جدى الميت أو جدتيه، وهم العمات على الإطلاق، والأعمام لأم، والأخوال والخالات مطلقا. والحكم فيهم: أنه إذا انفرد واحد منهم استحق المال كله، لعدم المزاحم. فإذا ترك الميت عمة واحدة، أو عما واحدا لأم، أو خالا واحدا، أو خالة واحدة، كان المال كله للواحد المنفرد كما هو الحكم فى كل الأصناف. فإذا اجتمعوا، وكانوا من جانب واحد، كالأعمام لأم، والعمات (فإنهم من جانب الأب)، أو الأخوال والخالات (فإنهم من جانب الأم)، فالحكم فيهم: أن الأقوى منهم فى القرابة أولى بالميراث إجماعا، فمن كان شقيقا فهو أولى ممن كان لأب. ومن كان لأب فهو أولى ممن كان لأم. ولا فرق بين أن يكون الأقرب ذكرا أو أنثى، فعمة شقيقة أولى من عمة لأب أو عمة لأم أو عم لأم، لقوة قرابتها، وكذا الخال أو الخالة لأب وأم أولى بالميراث.

وإن كانوا ذكورا وإناثا، واتحدت جهة القرابة، واستوت قرابتهم فى القوة، بأن يكونوا كلهم أشقاء أو لأب أو لأم، كان للذكر مثل حظ الأنثيين، كعم وعمة كلاهما لأم. أو خال وخالة كلاهما شقيق، أو لأب، أو لأم؛ لأن العم والعمة متحدان فى الأصل الذى هو الأب، وكذلك أصل الخال والخالة واحد، وهو الأم. ومتى اتفق الأصل فالعبرة فى القسمة بالأشخاص عند الجميع.

وإن اختلفت جهة قرابتهم، بأن كانت قرابة بعضهم من جانب الأب، وقرابة بعضهم من جانب الأم فلا اعتبار لقوة القرابة. فإذا ترك الميت عمة شقيقة وخالة لأم، أو خالا شقيقا وعمة لأم، فالثلثان - وهو نصيب الأب - لقرابة الأب، والثلث - وهو نصيب الأم - لقرابة الأم. كيفية توريث أولاد الصنف الرابع:

الحكم السابق فى توريث الصنف الرابع لا يسرى على أولادهم؛ لأن أولى الأولاد بالميراث أقربهم إلى الميت من أى جهة كان، فبنت العمة أو ابنها أولى من بنت بنت العمة وابن بنتها؛ لأنهما أقرب إلى الميت. وإن استووا فى القرب إلى الميت، وكانت جهة قرابتهم متحدة، بأن =

. . . .

= تكون قرابة الكل من جانب أبى الميت، أو من جانب أمه، فمن كان له قوة القرابة فهو أولى بالإجماع ممن ليس له قوة القرابة، فإذا ترك الميت ثلاثة أولاد عمات متفرقات، كان المال كله لولد العمة الشقيقة، فإن لم يوجد فلولد العمة لأب، فإن لم يوجد فلولد العمة لأم، والحكم كذلك فى أولاد أخوال متفرقين، أو خالات متفرقات.

وإن استووا فى القرابة بحسب الدرجة وقوة القرابة، وكانت جهة القرابة متحدة، بأن يكونوا كلهم من جهة أبى الميت أو جهة أمه، فولد العصبة أولى من غيره، كبنت العم وابن العمة الشقيقة، أو لأب، أو لأم، فالمال كله لبنت العم؛ لأنها ولد العصبة، دون ابن العمة؛ لأنه ولد رحم. وإن كان العم أو العمة شقيقا، والآخر لأب، كان المال كله لبنت العم الشقيق، لقوة القرابة، فلو ترك الميت ابن عمة شقيقة، وبنت عم لأب، فالمال كله لابن العمة الشقيقة فى ظاهر الرواية عند الحنفية، لقوة قرابته دون بنت العم، وإن كانت بنت وارث. وقال بعض مشايخ الحنفية، بناء على رواية غير ظاهرة، المال كله فى الصورة المذكورة لبنت العم لأب؛ لأنها ولد العصبة، بخلاف ابن العمة، فإنه ولد ذات رحم.

وإن استووا فى القرب، واختلفت جهة قرابتهم، بأن كان بعضهم من جهة الأب، وبعضهم من جهة الأم، فلا اعتبار لقوة القرابة ولا لولد العصبة فى ظاهر الرواية، فلا يكون ولد العمة الشقيقة أولى من ولد الخال الشقيق أو الخالة الشقيقة، لعدم اعتبار قوة قرابة ولد العمة. وكذا بنت العم الشقيق ليست أولى من بنت الخال أو الخالة الشقيقة، لعدم اعتبار كون بنت العم ولد عصبة، لكن يقسم الميراث باعتبار الثلثين لقرابة الأب، والثلث لقرابة الأم، لقيام قرابة الأب مقامه وقرابة الأم مقامها. ثم عند أبى يوسف ما أصاب كل فريق من جهة الأب أو جهة الأم، يقسم على أشخاص فروعهم مع اعتبار عدد الجهات فى الفروع. وعند محمد يقسم المال على أول بطن اختلف فيه، مع اعتبار عدد الفروع والجهات فى الأصول كما هو الحال فى الصنف الأول وهكذا. هذه هى أحكام توريث ذوى الأرحام فى مذهب أهل القرابة مذهب أهل التنزيل

معنى التنزيل: أن من أدلى من ذوى الأرحام إلى الميت بوارث قام مقام ذلك الوارث، فولد البنات، وولد بنات الابن، وولد الأخوات مطلقا كأمهاتهم. وبنات الإخوة، وبنات الأعمام الأشقاء، أو لأب، وبنات بنيهم، وأولاد الإخوة من الأم، وأولاد الأعمام لأم كآبائهم. ومن القائلين به علقمة والشعبى ومسروق ونعيم بن حماد وأبو نعيم وأبو عبيدة القاسم بن سلام. وقد ذهب إليه الإمام الشافعى والإمام أحمد فى الرواية الأخرى عنه، واستثنيا من هذا الأصل مسألتين: ١ - أنهما نزلا الخال والخالة ولو من جهة الأب منزلة الأم على الأصح، ونزلا جد الميت لأم منزلة الأم على الأصح. ٢ - نزلا الأعمام لأم والعمة مطلقا منزلة الأب على الأصح. وقد رجح الإمامان مذهب أهل التنزيل؛ لأنه مذهب الصحابة ومن بعدهم من القائلين بتوريث ذوى الأرحام، فلو ترك الميت بنت بنت، وبنت بنت ابن، فعلى مذهب أهل التنزيل المال بينهما: ثلاثة أرباعه لبنت البنت، وربعه لبنت بنت الابن فرضا وردا.

ومذهب أهل التنزيل كمذهب أهل القرابة فى أن من انفرد من ذوى الأرحام يأخذ جميع التركة، ذكرا كان أو أنثى. لكن الفرق بين المذهبين يظهر فى اجتماع ذوى الأرحام، فأهل التنزيل حينئذ يجعلون الفروع قائمين مقام أصولهم، ويأخذون أنصبتهم. فإن أدلوا بعاصب أخذوا نصيبه تعصيبا. وإن أدلوا بذى فرض أخذوا نصيبه فرضا وردا، ويقسم على الجميع بالتساوى بين الذكر والأنثى عند الإمام أحمد؛ لأنهم يرثون بالرحم المجرد، فيستوون كأولاد الأم. وذهب الإمام الشافعى إلى أن الذكر يأخذ مثل حظ الأنثيين. ففى بنت بنت، وابن، وبنت من بنت أخرى، إذا =

الحجب[1]

وقوله: ويحجب كل غير ولد الأم بمن يدلى به، وجدات بأم، وبعدى لأب بقربى لأم.

= رفعوا درجة صاروا فى منزلة بنتين، فتكون التركة مناصفة، تأخذ بنت البنت نصفها، ويأخذ الابن والبنت النصف الآخر، فتصح المسألة من أربعة على مذهب الإمام أحمد. وعند الإمام الشافعى تصح من ستة؛ لأن أصل المسألة ثلاثة. وذلك فى غير أولاد الأم لأنهم متساوون فى النصيب بالنص. مذهب أهل الرحم:

هم الذين يسوون بين ذوى الأرحام فى التوريث، فلا يفرقون بين صنف وصنف، ولا بين درجة ودرجة، ولا بين قرابة قوية وأخرى ضعيفة. فلو كان للمتوفى بنت أخت، وبنت بنت، فإن الميراث بينهما على السواء، ولو ترك ابن أخت، وبنت ابن أخ، فالميراث بينهما سواء، وذلك لأن السبب الموجب للميراث هو الرحم، وهى متحققة فى الجميع من غير تفرقة، وتحققها فى الجميع بقدر مشترك، فثبت الميراث للجميع بالتساوى. ولقد كان من أنصار هذا الرأى حسن بن ميسر ونوح ابن ذراح، ولم يأخذ هذا الرأى أحد من أصحاب المذاهب المشهورة.

(١) الحجب فى اللغة: المنع، بابه قتل، ومنه قيل للستر حجاب؛ لأنه يمنع المشاهدة، وقيل للبواب حاجب؛ لأنه يمنع من الدخول. وفى الاصطلاح عرفه صاحب السراجية: بأنه منع شخص معين عن ميراثه إما كله أو بعضه بوجود شخص آخر، ولا تخرج التعريفات فى المذاهب الأخرى عن هذا التعريف. والحجب مطلقا قسمان: حجب بوصف، وهو الذى يعبر عنه علماء الميراث بالمانع، كمنع القاتل من الميراث. وحجب بشخص، وهو المراد عند الإطلاق. وهو قسمان: حجب حرمان، وهو أن يسقط الشخص غيره بالكلية: وهو لا يدخل على ستة من الورثة إجماعا، وهم: الأبوان والزوجان والولدان (الابن والبنت) وضابطهم كل من أدلى بنفسه إلى الميت إلا المعتق. والثانى حجب نقصان. وهو: حجب عن سهم أكثر إلى سهم أقل، وهو لخمسة من الورثة، للزوجين، إذ الزوج يحجب من النصف إلى الربع، والزوجة من الربع إلى الثمن بوجود الولد أو ولد الابن، والأم تحجب من الثلث إلى السدس بالولد، أو ولد الابن، أو الاثنين من الإخوة والأخوات، وبنت الابن مع بنت الصلب من النصف إلى السدس تكملة للثلثين، والأخت لأب تحجب الشقيقة من النصف إلى السدس. والمحروم (الممنوع) من الميراث، لوجود وصف مانع به لا يحجب غيره، لا حرمانا كاملا ولا ناقصا عند جمهور الفقهاء، ومنهم الأئمة الأربعة؛ لأن وجوده كالعدم، خلافا لابن مسعود رضى الله عنه فى حجب الزوجين والأم حجب نقصان بالولد والإخوة الكفار والأرقاء والقاتلين، وتبعه داود الظاهرى فى الثلاثة، والحسن البصرى والحسن بن صالح وابن جرير الطبرى فى القاتل خاصة. فإن مات شخص عن ابنه الكافر وزوجة وأخ شقيق، فللزوجة الربع والباقى للأخ الشقيق باتفاق الأئمة الأربعة. والمحجوب حجب حرمان قد يحجب غيره حجب نقصان. فإذا توفى شخص عن أم وأب وإخوة، فإن الإخوة وإن كانوا محجوبين بالأب يصيرون نصيب الأم إلى السدس.

وقد وضع الفقهاء قواعد يقوم عليها الحجب هى: الأولى: أن من يدلى إلى الميت بوارث يحجب حجب حرمان عند وجود ذلك الوارث؛ لأنه إذا اجتمع هو ومن يدلى بسببه كان هو أولى بالميراث منه؛ لأنه أقرب إلى الميت، ولأن البعيد إنما اتصل بالميت بسبب ذلك القريب ولقيامه مقامه، وحيث وجد الأصل لا يستحق من كان بدلا عنه. وهذه القاعدة تسرى على العصبات من غير استثناء، فالأب يحجب الجد، والأخ الشقيق يحجب ابنه وهكذا. وتسرى هذه القاعدة على كثير من أصحاب الفروض، فالأب يحجب الجد عن فرضه، والأم تحجب أم الأم، ولا تسرى هذه القاعدة فى بعض أحوال أصحاب الفروض كأولاد الأم بالنسبة للأم، فإنهم =

أى: اعلم أن هذا باب الحجب وهو باب من أبواب الفرائض، وهو حجبان، حجب نقصان كحجب الزوجة بالولد من الربع إلى الثمن، وحجب حرمان، وهو المراد هنا، وإن كان الوارث يدلى بنفسه كالولد فهو لا يحجب، وإن كان يدلى بغيره حجب بذلك الغير، وهو المراد بقوله: ويحجب كل غير ولد لأم بمن يدلى به فابن الابن يحجب بالابن والجد بالأب، وهذه قاعدة كلية لا يستثنى منها إلا ولد الأم فإنه يدلى بالأم ولا يحجب بها، وتحجب أيضا الجدات مطلقا بالأم، أما أمها فقد دخلت فيما سبق إلا أنها أيضا تحجب كل جدة من قبل الأب؛ لأن الجدات يرثن السدس الذى تستحقه الأم، فإذا أخذته لم يبق لهن شيء، وتحجب الجدة البعدى للأب بالقربى للأم فإذا كانت له أم أم حجبت أم أم الأب ولا عكس، فلا تحجب أم الأب، أم أم الأم، وإن علت؛ لأن الأب لا يحجبها وكيف تحجبها أمه وهى محجوبة به وقد علمت مما مر؛ أن البعدى تحجب بالقربى من جهتها، وأن الأب يحجب أمه كالأم تحجب أمها.

وقوله: وبنت ابن به، وبنتين لا إن عصبت وولد أصل بأب وابن وابنه، وولد أب بعصبة لأبوين، وأخت لأب بأختين لأبوين لا إن عصبت وولد أم بجد وفرع.

أى: وتحجب بنت الابن وبناته بالابن، إن لم يكن آباؤهن، فأما حجبهن بأبيهن فقد علم مما سبق، وتحجب بنت الابن وبناته أيضا ببنتين من أولاد الصلب، إلا إذا كان معهن أو أسفل منهن من يعصبهن، كما بيناه. ويحجب ولد الأصل وهم الإخوة والأخوات لأبوين أو لأب والأعمام كذلك بالأب والابن وابن الابن، ويحجب ولد الأب أيضًا برابع وهو الأخ من الأبوين فردا كان أو مع إخوة أو أخوات؛ لما روى عن على - رضى الله عنه - عن النبى ﷺ قال: «أعيان بنى الأم[1] يتوارثون دون بنى العلات، يرث الرجل أخوه لأبيه وأمه دون أخيه لأبيه»[2] آخر هذا الحديث مفسر لأوله. والأخت للأب تحجب بالأربعة

= يرثون مع وجودها، لكنهم يحجبونها حجب نقصان إذا تعددوا، ويحجبهم الأب والجد مع أنهم لا يدلون بهما؛ لأن النص قيد ميراثهم بأن يكون الميت كلالة ليس له والد ولا ولد. الثانية: أن الأقرب يحجب الأبعد إذا كان يستحق بوصفه ونوعه. وهذه القاعدة أعم من السابقة؛ لأنها تشمل البعيد الذى يدلى بأقرب منه، ومن لا يدلى به، فالابن يحجب ابن الابن وإن لم يكن أباه، والبنتان تحجبان بنت الابن فى الاستحقاق بالفرض، والأخ يحجب العم ولو كان لا يدلى به، والقربى تحجب البعدى من الجدات وإن كانت لا تدلى بها، وهذه القاعدة تتحقق فى العصبات وأصحاب الفروض على السواء. الثالثة: أن الأقوى قرابة يحجب الأضعف منه، فالأخ الشقيق يحجب الأخ لأب، والأخت لأب لا تأخذ النصف مع الأخت الشقيقة، وهكذا فى كل الأحوال التى تتحد فيها الدرجة وتختلف قوة القرابة، فإن اتحدت الدرجة اعتبر الحجب بقربها.

(١) فى أ: آدم.

(٢) أخرجه البخارى (١/ ٧٩، ١٣١)، والترمذى (٢٠٩٤)، وابن ماجه (٢٧١٥)، وابن الجارود (٩٥٠).

المذكورة وبأختين فأكثر من الأبوين إلا أن يكون معه أخ لأب يعصبها فإن لهما الباقى، كما سبق، ويحجب أيضا الإخوة والأخوات من الأم بالجد والفروع، كالابن والبنت، وابن الابن، وإن حجبوا بالجد فبالأب أولى، فولد الأم لا يرث إلا من الكلالة وهو من يرثه غير الآباء والأولاد.

وقوله: ولا يحجب غير وارث، إلا أخوان مع أبوين، وولد أم أو أحدهما، وآخر لأبوين أو لأب، مع أم وجد والمعادة.

أى: ويشترط فيمن يحجب أن يكون وارثا، فمن لا يرث لا يحجب حجب حرمان ولا حجب نقصان، سواء كان عدم إرثه لمانع من رق وقتل ونحوه، أو لتقدم غيره عليه إلا فى صور من لا يرث لتقدم غيره:

إحداها: الأخوان لأبوين أو لأب إذا كانا مع الأبوين، فإنهما يحجبان الأم من الثلث إلى السدس وهما غير وارثين؛ لأن الأب يحجبهما.

الثانية: الأخوان من الأم مع الأم والجد، فإنهما يحجبان الأم من الثلث إلى السدس والجد يحجبهما، وكذلك إذا كان أحدهما وثانيه ولد أم وأب، وولد أب، فإنهما يحجبان الأم إلى السدس والجد يسقط ولد الأم.

الثالثة: المعادة كجد وأخ لأبوين وأخ لأب، فالأخ من الأب ينقص نصيب الجد مع أنه يسقط بالأخ لأبوين.

وقوله: فلأم أم مع أب وأمه سدس، كجد حجب ولد أم، وساواه ولد أب.

أى: وإذا كان لا يحجب إلا من يرث، فلأم الأم مع الأب وأمه السدس لا نصفه؛ لأن أم الأب لا ترث مع الأب فلا يحجبها إلا نصف السدس، ولا يقال: إن الأب إذا حجب أمه يأخذ نصيبها، كما أن الأخ من الأبوين إذا حجب الأخ من الأب فى المعادة أخذ نصيبه، والفرق أن أم الأب ترث بالفرضية والأب بالعصوبية، فلم يمكن رد فرضها إليه بخلاف الأخوين فإنهمان يرثان بالعصوبية، فرد نصيب أحدهما للآخر وكذلك الأخ للأم يحجبه الجد، إذا كان معهما أخ لأبوين أو لأب استوى هو والجد فى المقاسمة ولا يرجع إلى الجد نصيب الأخ للأم؛ لاختلاف جهة إرثهما.

وقوله: وترث عصبة بفرض أيضا كابن عم أخ لأم ولا يقدم بها على ابن العم إلا فى ولاء.

أى: وإن اجتمع فى شخص جهة فرض وجهة تعصيب، ورث بهما، كابن عم وهو أخ من أم أو زوج، فإنه يرث بفرض الأخوة والزوجية، ثم الباقى بالتعصيب، وإن كان معه من

هو فى درجته قاسمه فى الباقى، ولا يقدم ابن عم أخ من أم على ابن عم ليس بأخ، بل يقتسمان ما زاد على الفرض بالسوية، هكذا نص عليه الشافعى رحمه الله تعالى، ونص فيما إذا خلف المعتق ابنى عم أحدهما أخ من أم أنه يقدم، فقيل: فيه قولان بالنقل والتخريج، والأصح تقرير النصين، والفرق أن الأخ من الأم فى النسب يرث بالأخوة فيعطى فرضه وجعل الباقى بينهما لاستوائهما فى العصوبية، والأخ من الأم فى الولاء لا يرث بالأخوة فرجحت عصوبته بالأم كالأخ من الأبوين، فعلى هذا لو لم يرث بالفرضية، بأن كان للميت بنت فوجهان: أحدهما: أنه يحجب الآخر كما فى الولاء، والأصح: أنهما سواء؛ لأن البنت أسقطت حكم الأخوة من الأم.

وقوله: ولا يرث بفرضين، بل بما يحجب أو لا يحجب أو حجبه أقل وإن حجب فبالآخر.

أى: ولا يرث شخص واحد بفرضين وذلك يتصور فى أنكحة المجوس للمحارم، أو فى وطء الشبهة، فإذا وطىء أمه فأولدها[1] لم يرث الولد بالبنوة والأخوة معا، بل يرث بأقواهما، وليس كابن عم أخ من أب فإنه يرث بهما؛ لاختلاف جهة العصوبة والفرض، وذلك كما فى حق الأب مع البنت، فإن له السدس بالفرض ولها النصف، ويأخذ الباقى بالعصوبة ولا يعهد الإرث بالفرضين.

ويعرف الأقوى بأمور:

أحدها: أن يحجب بأحدهما الآخر كبنت هى أخت لأم، بأن وطئ أمه فولدت له بنتا، فترث له بالبنوة؛ لأنها تحجب ولد الأم.

الثانى: ألا تحجب أصلاً كأم هى أخت لأب، ويتصور بأن وطئ بنته، فتأتى بولد فهى أمه وأخته، فترث منه بالأمومة لا بالأخوة لأن الأم لا تحجب[2] أصلاً، والأخت لأب تحجب بجامعة كما سبق.

الثالث: أن يكون حجب أحدهما أقل من حجب الآخر كأم هى أخت لأب، وذلك أن يطأ بنته فتلد بنتا، فيطأ البنت فتلد ولدا، فهى أم أمه، وأخته فيرث بالجدودة إذا ماتت أمه قبلها؛ لأن الجدة لا يحجبها إلا الأم فقط، بخلاف الأخت من الأب، فإن حجبها أكثر، فإن حجبت عن الفرض الذى حجبه أقل أخذت بالفرض الذى حجبه أكثر، كما لو مات الولد فى هذه الصورة وخلف أمه، وأم أمه التى هى أخته، فلأمه الثلث بالأمومة ولأم أمه

(١) فى ط: أو فى وطء أمة أولدها.
(٢) فى ط: بالأمومة ولا يحجب.

النصف بالأخوة؛ لأن جدودتها سقطت بالأم.

وقوله: ولا يرث قاتل ومخالف فى إسلام، وعهد وحر بعض ويورث ملكه، ولا مرتد، ولا يورث كزنديق ورقيق وإن كوتب ولا يرث منفى ولا ولد زنى، إلا من أم وأخ منها، ومن جهل تأخر موته.

اى: ولا يرث القاتل من مقتوله شيئًا[(١)]؛ للحديث: «لا يرث القاتل»[(٢)]، ولأنه لو ورث

---

(١) اتفق الأئمة الأربعة على أن القتل الذى يتعلق به القصاص يمنع القاتل البالغ العاقل من الميراث إذا كان القتل مباشرا. واختلفوا فى المراد بالقتل الذى يوجب القصاص، كما اختلفوا فيما إذا كان القاتل صبيا أو مجنونا أو غير مباشر للقتل أو كان القتل خطأ. فذهب الأئمة الثلاثة وأبو يوسف ومحمد من الحنفية إلى أن القتل العدوان العمد الموجب للقصاص: هو أن يقصد الجانى من يعلمه آدميا معصوما فيقتله بما يغلب على الظن موته به. وذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن القتل العمد الذى يوجب القصاص: ما يكون بضربة سلاح أو ما يجرى مجراه فى تفريق الأجزاء كالمحدد من الخشب أو الحجر، وقال الحنفية: إن القتل شبه العمد والخطأ يمنع من الميراث، والقتل شبه العمد: كأن يتعمد القاتل ضرب المقتول بما لا يقتل به غالبا، وموجبه عند جميع الحنفية الدية على العاقلة، والإثم والكفارة. والخطأ كأن رمى إلى الصيد فأصاب إنسانا، أو انقلب عليه فى النوم فقتله، أو وطئته دابة، وهو راكبها أو سقط من سطح عليه، أو سقط عليه حجر من يده فمات. وموجبه الكفارة والدية على العاقلة ولا إثم فيه. وفى الصور المذكورة كلها يحرم القاتل من الميراث عندهم إذا لم يكن القتل بحق. وإذا كان القتل بالسبب دون المباشرة كحافر البئر أو واضع الحجر فى غير ملكه، أو كان القاتل صبيا أو مجنونا فلا حرمان عند الحنفية بالقتل فى الصور المذكورة. وذهب الحنابلة والمالكية فى الأرجح إلى أن القاتل عمدا مباشرا أو متسببا يمنع من الميراث من المال والدية ولو كان صبيا أو مجنونا، وإن أتى بشبهة تدفع القصاص كرمى الوالد ولده بحجر فمات. وعند المالكية رأى آخر هو أن عمد الصبى والمجنون كالخطأ، فيرث من المال دون الدية، وهذا هو الظاهر عندهم. وأما إذا قتل مورثه قصاصا أو حدا أو دفعا عن نفسه فلا يحرم من الميراث عند الحنفية والمالكية والحنابلة. وذهب الشافعية إلى أن كل من له مدخل فى القتل يمنع من الميراث، ولو كان القتل بحق كمقتص، وإمام، وقاض، وجلاد بأمر الإمام والقاضى وشاهد ومزك. ويحرم القاتل ولو قتل بغير قصد كنائم ومجنون وطفل ولو قصد به مصلحة كضرب الأب ابنه للتأديب، وفتحه الجرح للمعالجة، وقالوا: لو قال المقتول: ورثوه فهو وصية. ولو سقط متوارثان من علو إلى سفل وأحدهما فوق الآخر فمات الأسفل لم يرثه الأعلى؛ لأنه قاتل. وإن مات الأعلى ورثه الأسفل لأنه غير قاتل له. استدل الحنفية على ما ذهبوا إليه من عدم الحرمان بالقتل بالتسبب، ومن عدم حرمان الصبى والمجنون بأن القاتل بالتسبب ليس بقاتل حقيقة؛ لأنه لو حفر بئرا فى ملكه ووقع فيها مورثه فمات فلا يؤاخذ على ذلك بشىء. والقاتل يؤاخذ بفعله سواء أكان فى ملكه أم فى غير ملكه كالرامى. وأيضا فإن القتل لا يتم إلا بمقتول وقد انعدم حال التسبب. فإن حفره مثلا قد اتصل بالأرض دون الحى، ولا يمكن أن يجعل قاتلا حال الوقوع فى البئر؛ إذ ربما كان الحافر حينئذ ميتا. وإذا لم يكن قاتلا حقيقة لم يتعلق به جزاء القتل، وهو الحرمان من الميراث والكفارة. والصبى والمجنون لا يحرمان من الميراث بالقتل؛ لأن الحرمان جزاء للقتل المحظور، وفعلهما مما لا يصلح أن يوصف بالحظر شرعا، إذ لا يتصور توجه خطاب الشارع إليهما. وأيضا فإن الحرمان باعتبار التقصير فى التحرز، ولا يتصور نسبة التقصير إليهما. واستدل الشافعية بحديث «ليس للقاتل من الميراث شىء» وفسروه بأنه ليس لمن له مدخل فى القتل شىء من الإرث. والعلة فى ذلك خوف استعجال الوارث للإرث بقتل مورثه فى بعض الصور، =

لم يؤمن أن يستعجل الإرث به، فاقتضت المصلحة حرمان القاتل مطلقًا وسد الباب، سواء أكان القتل عمدًا أو خطأ بحق أو بغير حق، فلو اقتص من القاتل[1] أو صال فدفعه عن نفسه بالقتل، أو حكم عليه بالقتل وهو إمامه أو أدبه وهو أب أو معلم فمات، أو كان القاتل طفلا - لم يرث، ولا يرث مسلم من كافر ولا كافر من مسلم لاختلافهما فى الإسلام[2]،

= وهو ما إذا قتله عمدا فاقتضت المصلحة حرمانه من الإرث، عملا بقاعدة: من استعجل بشىء قبل أوانه عوقب بحرمانه، والاستعجال إنما هو بحسب ظنه، وبالنظر للظاهر وسد باب القتل فى باقى الصور، وهو ما إذا كان القتل بغير قصد كما فى النائم والمجنون والطفل. ولا مدخل للمفتى فى القتل ولو أخطأ فى الإفتاء وإن كان على معين؛ لأن إفتاءه غير ملزم، ولا راوى الحديث، ولا القاتل بالعين، ولا من أتى لامرأته بلحم فأكلت منه حية ثم أكلت منه الزوجة فماتت. وأما من شهد على مورث بمقتضى جلد فجلد فمات فللنظر فيه مجال، لكن ظاهر إطلاقهم منعه بذلك.

(٢) أخرجه أحمد (١/ ٤٩) والنسائى فى الكبرى (٤/ ٧٩) وابن ماجه (٢٦٤٦) عن عمر بن الخطاب بلفظ: - «ليس لقاتل ميراث» وأخرجه الترمذى (٢١٠٩) وابن ماجه (٢٦٤٥) عن أبى هريرة بلفظ: «القاتل لا يرث».

(١) فى ط: ولو اقتضى من مال قاتل.

(٢) ذهب جمهور الفقهاء وهو قول أبى طالب من الحنابلة وقول على وزيد بن ثابت وأكثر الصحابة إلى أن الكافر لا يرث المسلم حتى ولو أسلم قبل قسمة التركة؛ لأن المواريث قد وجبت لأهلها بموت المورث، وسواء أكان الارتباط بين المسلم والكافر بالقرابة أم بالنكاح أم بالولاء. وذهب الإمام أحمد إلى أنه إن أسلم الكافر قبل قسمة التركة ورث لقوله صلى الله عليه وسلم: «من أسلم على شىء فهو له» ولأن فى توريثه ترغيبا فى الإسلام. كما ذهب إلى أن الكافر يرث عتيقه المسلم. وذهب جمهور الفقهاء أيضا إلى أن المسلم لا يرث الكافر. وذهب معاذ بن جبل ومعاوية بن أبى سفيان والحسن ومحمد بن الحنفية ومحمد بن على بن الحسين ومسروق إلى أن المسلم يرث الكافر. استدل الأئمة الأربعة على مذهبهم بقوله صلى الله عليه وسلم: «لا يتوارث أهل ملل شتى» ولقوله عليه السلام: «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم». واستدل القائلون بتوريث المسلم من الكافر بقوله عليه الصلاة والسلام: «الإسلام يعلو ولا يعلى» ومن العلو أن يرث المسلم الكافر. وفسر المانعون الحديث بأن نفس الإسلام هو الذى يعلو، على معنى أنه إن ثبت الإسلام على وجه ولم يثبت على وجه آخر فإنه يثبت ويعلو. أو أن المراد العلو بحسب الحجة أو بحسب القهر والغلبة. أى النصرة فى العاقبة للمسلمين.

وعند الحنفية وهو الأصح عند الشافعية ورواية عن الإمام أحمد أن الكفار يتوارثون فيما بينهم؛ لأنهم ملة واحدة، فيرث اليهودى النصرانى والعكس، ويرث المجوسى وعابد الوثن النصرانى واليهودى ويرثهما المجوسى وغيره. ومقابل الأصح عند الشافعية أنهم ملل، فلا يتوارث أهل الملل بعضهم من بعض فلا يرث اليهودى النصرانى ولا العكس. وعند المالكية فى قول مرجح ونسب إلى الإمام أحمد أن الكفر ثلاث ملل: النصارى ملة، واليهود ملة، ومن عداهما ملة، وهو قول القاضى شريح وعطاء وعمر بن عبد العزيز والضحاك والحكم وشريك وابن أبى ليلى والحسن بن صالح ووكيع رحمهم الله تعالى. وعند المالكية رأى آخر مرجح أيضا وهو ظاهر المدونة، وهو أن كلا من اليهود والنصارى ملة، وأن ما سواهما ملل مختلفة. وذكر فى بعض كتب المالكية أن هذا هو المشهور فى المذهب. وعند ابن أبى ليلى أن اليهود والنصارى يتوارثون فيما بينهم، ولا يرثهم المجوس ولا يرث اليهود ولا النصارى المجوس. واستدل =

ولا كافر معصوم الدم بذمة أو عهد أو أمان من حربى ولا حربى منهم على الأصح، ويتوارثون فيرث الذمى من المعاهد ونحوه وعكسه على الأصح، والنصرانى من اليهودى، والمجوسى والوثنى وبالعكس على الصحيح، ولا فرق بين القريب والمعتق، والكفر كله ملة واحدة وفى الحديث: «لا يتوارث أهل ملتين ولا يرث المسلم الكافر»(١) فجعل الآخر بيانا للأول، ولكن بين الحربى والمعصوم بذمة ونحوها، فلو مات ذمى وله أربعة بنين ذمى مثله ومعاهد ومستأمن وحربى، ورثه الثلاثة دون الحربى.

وليس لحر البعض(٢) أن يرث من قريبه؛ لأنه لو ورث لكان بعض المال لمالك الباقى، وهو أجنبى عن الميت، ويرث منه قريبه جميع ما ملكه ببعضه الحر؛ لأن ملكه عليه تام فأشبه الحر، ولا شىء للسيد إلا ما كسبه ببعضه الرقيق.

وأما المرتد فلا يرث ولا يورث بل يحرم ولا يوقف الميراث(٣)، بل ما خلفه فهو لبيت

= المانعون من الميراث فيما بين الكفار بقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يتوارث أهل ملتين شتى» وهم أهل ملل مختلفة بدليل قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هَادُواْ وَٱلنَّصَـٰرَىٰ﴾ فقد عطف النصارى على الذين هادوا، والعطف يقتضى المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه، وقال تعالى: ﴿وَلَن تَرْضَىٰ عَنكَ ٱلْيَهُودُ وَلَا ٱلنَّصَـٰرَىٰ حَتَّىٰ تَتَّبِعَ مِلَّتَهُمْ﴾ واليهود لا ترضى إلا باتباع اليهودية معهم والنصارى كذلك، وذلك دليل على أن لكل من الفريقين ملة على حدة، ولأن النصارى يقرون بنبوة عيسى عليه السلام والإنجيل، واليهود يجحدون ذلك. واستدل ابن أبى ليلى بأن اليهود والنصارى اتفقوا على دعوى التوحيد، وإنما اختلفت نحلهم فى ذلك، واتفقوا على الإقرار بنبوة موسى عليه السلام والتوراة، بخلاف المجوس فإنهم لا يعتقدون التوحيد ولا يقرون بنبوة موسى ولا بكتاب منزل، ولا يوافقهم اليهود والنصارى على ذلك فكانوا أهل ملتين، والدليل على ذلك حل الذبيحة والمناكحة فإن اليهود والنصارى فى ذلك شىء واحد، إذ تحل ذبائحهم للمسلمين بخلاف المجوس. واستدل الحنفية ومن وافقهم بأن الله - تعالى - جعل الدين دينين، الحق والباطل فقال الله عز وجل: ﴿لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِىَ دِينِ﴾ وجعل الناس فريقين فقال: ﴿فَرِيقٌ فِى ٱلْجَنَّةِ وَفَرِيقٌ فِى ٱلسَّعِيرِ﴾. وفريق الجنة هم المؤمنون، وفريق السعير هم الكفار جميعهم، وجعل الخصم خصمين فقال تعالى: ﴿هَـٰذَانِ خَصْمَانِ ٱخْتَصَمُواْ فِى رَبِّهِمْ﴾ والمراد الكفار جميعا مع المؤمنين، وهم فيما بينهم ملل مختلفة ولكنهم عند مقابلتهم بالمسلمين أهل ملة واحدة؛ لأن المسلمين يقرون برسالة محمد صلى الله عليه وسلم وبالقرآن وجميعهم ينكر ذلك، وبإنكارهم كفروا، فكانوا فى حق المسلمين ملة واحدة فى الشرك. ويشير إلى هذا قوله صلى الله عليه وسلم: «لا يتوارث أهل ملتين» فإنه صلى الله عليه وسلم فسر الملتين قوله: «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم»، إذ فى التنصيص على الوصف العام وهو الكفر بيان أنهم فى حكم التوريث أهل ملة واحدة.

(١) أخرجه أحمد (٢/ ١٧٨، ١٩٥) وأبو داود (٢٩١١) وابن ماجه (٢٧٣١).

(٢) فى ط: بعض.

(٣) لا خلاف بين فقهاء المذاهب فى أن المرتد - وهو من ترك الإسلام بإرادته واختياره - لا يرث أحدا ممن يجمعه وإياهم سبب من أسباب الميراث، لا من المسلمين، ولا من أهل الدين الذى انتقل إليه، =

المال، سواء ما اكتسبه في الإسلام أو في الردة، ومثله الزنديق وهو الذى يظهر الإسلام ويخفى الكفر، وكذلك الرقيق لا يرث؛ لأنه لو ورث لصار لمالكه وهو غير وارث، ولا يورث؛ لأنه لا ملك له، وإن كان مكاتبًا أو مدبرًا أو أم ولد.

ولا يرث المنفى بلعان من الملاعن، ولا عكسه؛ لانقطاع النسب، ولا ولد الزنى من الزانى ولا عكسه، ولكن يرث من الأم وولدها ويرثان منه.

= أو أى دين آخر خلافه؛ لأنه لا يقر على الدين الذى انتقل إليه، ولأنه صار فى حكم الميت. وكذلك المرتدة لا ترث أحدا؛ لأن حكم الإسلام فى المرتد إن كان رجلا هو أن يتوب ويرجع إلى الإسلام أو يقتل إن أصر على ردته، وإن كان امرأة فإنها تحبس حتى تتوب أو يدركها الموت، وعلى ذلك فلا معنى مطلقا لأن يقال بأنه يرث أحدا من المسلمين أو غير المسلمين. أما كونه يورث فعند المالكية والشافعية، وهو الرواية المشهورة عند الحنابلة - قال القاضى: هى الصحيح فى المذهب - أن المرتد لا يرثه أحد من المسلمين أو غيرهم ممن انتقل إلى دينهم بل ماله كله - إن مات أو قتل على ردته - يكون فيئا وحقا لبيت المال. وذهب أبو يوسف، ومحمد بن الحسن، وهو رواية أخرى عن أحمد إلى أن المرتد يرثه ورثته من المسلمين، وهو قول أبى بكر، وعلى، وابن مسعود، وابن المسيب، وجابر بن زيد، والحسن، وعمر بن عبد العزيز والشعبى، والثورى، والأوزاعى، وابن شبرمة، واستدل لهذا القول بفعل الخليفتين الراشدين أبى بكر، وعلى، ولأن ردته ينتقل بها ماله فوجب أن ينتقل إلى ورثته المسلمين كما لو انتقل بالموت. وذهب أبو حنيفة إلى التفريق بين المرتد والمرتدة، فالمرتدة يرثها أقاربها من المسلمين ويرثون كل مالها، سواء ما اكتسبته حال إسلامها أو حال ردتها. أما المرتد فإن ورثته المسلمين يرثون منه ما اكتسبه فى زمان إسلامه. ولا يرثون ما اكتسبه فى زمان ردته. ويكون فيئا للمسلمين لكن هل يرثه ورثته المسلمون الذين كانوا موجودين وقت ردته أو وقت موته أو لحاقه بدار الحرب؟ أو من كانوا موجودين وقت ردته ووقت موته؟ اختلفت الروايات عن الإمام أبى حنيفة فى ذلك. فروى الحسن عنه أن الوارث للمرتد من كان وارثا له وقت ردته وبقى إلى موت المرتد، أما من حدثت له صفة الوراثة بعد ذلك فلا يرثه، فلو أسلم بعض قرابته بعد ردته أو ولد له ولد من علوق حادث بعد ردته، فإنه لا يرثه على هذه الرواية؛ لأن سبب التوريث هنا الردة، فمن لم يكن موجودا عند ذلك لم ينعقد له سبب الاستحقاق، وتمام الاستحقاق بالموت، فيشترط بقاء الوارث إلى حين تمام السبب. وفى رواية أبى يوسف عنه أنه يعتبر وجود الوارث وقت الردة، ولا يبطل استحقاقه بموته قبل موت المرتد؛ لأن الردة فى حكم التوريث كالموت، ومن مات من الورثة بعد موت المورث قبل قسمة ميراثه لا يبطل استحقاقه ويحل وارثه محله. وفى رواية محمد عنه، وهو الأصح، أنه يعتبر من يكون وارثا له حين مات أو قتل، سواء أكان موجودا وقت الردة أم حدث بعده؛ لأن الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه يعتبر كالموجود عند ابتداء السبب، مثل الزيادة التى تحدث فى المبيع قبل القبض؛ إذ تجعل كالموجود عند ابتداء العقد فتكون معقودا عليها بالقبض، ويكون لها حصة من الثمن، فكذلك الأمر هنا. واعتبر الإمام محمد إلحاق المرتد بدار الحرب بمنزلة موته، فتقسم تركته من حين اللحاق. واعتبر الإمام أبو يوسف من يكون وارثا له حين قضاء القاضى بلحاقه، وترث منه امرأته إن مات حقيقة أو حكما وهى فى العدة على رأى الصاحبين؛ لأن النكاح بينها وبين المرتد وإن ارتفع بالردة لكنه فار عن ميراثها. وامرأة الفار ترث إذا كانت فى العدة وقت موته. وعلى رواية أبى يوسف عن الإمام ترث وإن كانت عند موته منقضية العدة؛ لأن سبب التوريث كان موجودا فى حقها عند ردته؛ إذ على هذه الرواية يعتبر قيام السبب عند أول الردة.

وإن مات متوارثان بغرق أو هدم ونحوه[١] وجهل السابق منهما، لم يرث أحدهما الآخر، و يأتى فيها خمس صور كما فى الجمعة:

إحداها: أن يعلم السابق ويتعين فلا يخفى حكمه.

الثانية: أن ينسى[٢] ويشتبه السابق بعد التعيين، فيوقف الميراث.

الثالثة: أن يعلم السابق ولا يعلم عين السابق.

الرابعة: أن يعلم موتهما معا.

الخامسة: ألا يعلم السبق ولا يعلم موتهما معا، فلا يرث أحدهما من الآخر فى الصور الثلاث الأخيرة، ويجعل كأن لم يكن؛ لأن توريث أحدهما من الآخر تحكم، وتوريثهما معًا خطأ؛ لأنه إن ماتا معا فقد ورث ميت من ميت، وإن ترتبا فقد يرث من تقدم موته ممن تأخر.

وقوله: وقسم مال مفقود ثبت موته، أو حكم به ظنا وإلا وقف كنصيبه ونصيب أسير ومحتاج لقائف وحمل ولا ضبط لعدده وقسم كمع خنثى بأسوأ الأحوال.

أى: اعلم أن المفقود لغيبة أو أسير ونحوهما، لا يورث ماله لانقطاع خبره لكن بثبوت موته، أو يحكم الحاكم بموته بعد مضى مدة يغلب على الظن أن مثله لا يعيش أكثر منها، وليست مقدرة عند الجمهور، وفى وجه شاذ تقدر بتسعين سنة، فإذا أراد الورثة قسمة ماله بعد مضى المدة المعتبرة لم يجز حتى يحكم الحاكم بموته، ثم يقسم ماله بين ورثته

---

(١) قال السرخسى: اتفق أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب وزيد بن ثابت رضى الله عنهم فى الغرقى والحرقى إذا لم يعلم أيهم مات أولا أنه لا يرث بعضهم من بعض، وإنما يجعل ميراث كل واحد منهم لورثته الأحياء، وبذلك قضى زيد فى قتلى اليمامة، وفيمن مات فى طاعون عمواس، وفى قتلى الحرة، ونقل عن الإمام على فى قتلى الجمل وصفين، وهو قول عمر بن عبد العزيز، وبه أخذ جمهور الفقهاء. وروى عن على وابن مسعود فى رواية أخرى: أن بعضهم يرث من بعض إلا فيما ورث كل واحد منهم من صاحبه؛ لأن سبب استحقاق كل واحد منهم ميراث صاحبه معلوم، وهو حياته، وسبب الحرمان مشكوك فيه، فيجب التمسك بحياته حتى يأتى بيقين آخر، وسبب الحرمان موته قبل موت صاحبه، وذلك مشكوك فيه، فلا يثبت الحرمان بالشك إلا فيما ورث كل واحد منهما من صاحبه لأجل الضرورة؛ لأنه إذا أعطينا أحدهما ميراث صاحبه فقد حكمنا بحياته فيما ورث من صاحبه، ومن ضرورته الحكم بموت صاحبه قبله، ولكن الثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة، وقد تحققت الضرورة فيما ورث كل منهما من صاحبه، وفيما سوى ذلك يتمسك بالأصل، وذلك عملا بالقاعدة القائلة: (إن اليقين لا يزول بالشك). وهى أصل لأحكام كثيرة. ووجه قول المانعين من الميراث أن سبب استحقاق كل منهما ميراث صاحبه غير معلوم يقينا، والاستحقاق ينبنى على السبب، فما لم يتيقن السبب لا يثبت الاستحقاق، وفى الفقه أصل كبير: أن الاستحقاق لا يثبت بالشك.

(٢) فى ط: يسبق.

الموجودين حال الحكم، وحينئذ يجوز نكاح امرأته، وإن مات قريب حاضر للمفقود قبل الحكم بموته وقف المال، وإن لم يكن له وارث غير المفقود وإلا وقف نصيبه وأخذ فى حق الحاضرين بأسوأ الأحوال فيقدر حياته فى حق من يسقط أو ينتقص بها أو موته فى حق من ينقص بموته، وأمثلة ذلك: زوج مفقود وأختان لأب وعم حاضر، فإن كان حيًّا فلهما أربعة من سبعة ولا شيء للعم، وإن كان ميتا، فلهما اثنان من ثلاثة والباقى للعم، فيقدر فى حقهم حياته.

مثال آخر: أخ لأب مفقود وأخ لأبوين وجد حاضران، فإن كان حيًّا حصل للأخ من الأبوين الثلثان[١] وللجد الثلث، فإن كان ميتا فالمال ينهما بالسوية، فيقدر فى حق الجد حياته، وفى حق الأخ موته؛ [حتى لا يأخذ إلا النصف][٢] ووقف الباقى.

مثال آخر: أخ لأبوين مفقود وأختان لأبوين وزوج حاضرون، فإن كان حيًّا فللزوج النصف، والباقى بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، ويكون للأختين الربع، فإن كان ميتا فللزوج ثلاثة من سبعة، وللأختين أربعة من سبعة، فيقدر فى حق الزوج موته وفى حق الأختين حياته.

مثال آخر: ابن مفقود وبنت وزوج، للزوج الربع بكل حال، وحكم الأسير المنقطع خبره كحكم المفقود إذا مات وله قريب حاضر، وكذلك الولد المحتاج إلى القائف إن مات وقف نصيب أبيه، وإن مات أحد ممن يدعيه وقف نصيب المولود[٣] وأخذ فى كل من يرث بأسوأ الأحوال، وكذلك يوقف نصيب الحمل، فإن لم يكن له وارث سوى الحمل، وقف الجميع، وإن كان له وارث نظر فى الظاهرين من الورثة، ممن يحجبه الحمل إذا انفصل حيًّا مطلقًا كولد الأم، أو على تقدير الذكورة كالأخ لم يعط شيئا ومن يحجبه وله نصيب مقدر، ولا ينقص أعطى، وإن نقص أعطى المتيقن[٤]، كما لو خلف زوجة حاملا وأبوين فإنهما يعطيان سدسين عائلين والزوجة ثمنا عائلاً بتقدير أن الحمل بنتان، ومن نصيبه غير مقدر لا يعطى شيئًا، كما لو خلف امرأة حاملاً وابنًا فإنه لا يعطى الابن شيئًا؛ إذ لا ضبط لعدد الحمل، وفى وجه اختاره فى الوجيز أكثره أربعة فى الغالب فيعطى الخمسة، وكذلك إذا مات مورث الخنثى، واختلف فى الإرث بذكورته وأنوثته، عمل بأسوأ الأحوال.

وقوله: وإن زادت أجزاء الفروض أعيلت فإلى سبعة وثمانية وتسعة وعشرة تعول ستة،

(١) فى ط: فللأخ الثلثان.
(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٣) فى ط: الموجود.
(٤) فى ط: المنتقض.

وإلى ثلاثة عشر، وخمسة عشر وسبعة عشر، اثنا عشر، وإلى سبعة وعشرين أربعة وعشرون.

أى: وإن زاد أجزاء الفروض على أجزاء مخارجها، أعيلت المسألة، فإن كانت من ستة كزوج وأختين لأبوين، أو لأب، للزوج منهما[١] ثلاثة وللأختين منها أربعة فتعول[٢] إلى سبعة، فإن كانت مع هؤلاء أم عالت إلى ثمانية، وإن كانت مع الزوج والأختين أختان لأم عالت إلى تسعة، فإن كانت مع هؤلاء أم عالت إلى عشرة فللستة أربع عوالات.

وإن كان أصل المسألة اثنى عشر، كزوجة وأم وأختين لأب، للأختين ثمانية وللزوجة ثلاثة، وللأم اثنان، فتعول إلى ثلاثة عشر، فإن كان مع الزوجة وأختين لأب وأختان أم عالت إلى خمسة عشر، وإن كان مع هؤلاء أم عالت إلى سبعة عشر، للأنثى عشرة ثلاث عوالات كما ترى، وإن كان أصلها أربعة وعشرين، كزوجة وبنتين وأبوين، تكون للزوجة ثلاثة، وللبنتين ستة عشر، ولكل واحد من الأبوين أربعة، فتعول إلى سبعة وعشرين، وليس لها إلا عول واحد، ولا عول لسائر الأصول من الاثنين والثلاثة والأربعة والخمسة والثمانية.

* * *

(١) فى ط: النصف.
(٢) فى ط: فنقول.

الوصية[1]

وقوله: باب: تصح وصية حر مكلف لجهة حل ولموجود وشرط تعيينه، لا فى أعطوا، يملك عند موت موص كعبد عتق وإلا فلمالكه كدابة زيد إن قصد علفها، فتعلف وإن بيعت.

أى: اعلم أن الوصية مستحبة[2]، وهى التبرع بما لا ينجز إلا بعد الموت والمنجز

---

(١) الوصية بمعنى الإيصاء يقال: أوصيت لفلان بكذا ووصيت له وأوصى إليه إذا جعله وصيا، وهى لغة الإيصال من وصى الشىء بكذا وصله به لأن الموصى وصل خير دنياه بخير عقباه، وشرعا تبرع بحق مضاف ولو تقديرا لما بعد الموت ليس بتدبير ولا تعليق عتق وإن التحقا بها حكما كالتبرع المنجز فى مرض الموت أو الملتحق به، والأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ وأخبار كخبر الصحيحين: «ما حق امرئ مسلم له شىء يوصى فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده» أى ما الجزم أو ما المعروف من الأخلاق إلا هذا فقد يفاجئه الموت، وكخبر ابن ماجه: «المحروم من حرم الوصية من مات على وصية مات على سبيل وسنة وتقى وشهادة ومات مغفورا له».

(٢) تستحب الوصية بجزء من المال لمن ترك خيرا؛ لأن الله تعالى قال: ﴿كُتِبَ عَلَيۡكُمۡ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلۡمَوۡتُ إِن تَرَكَ خَيۡرًا ٱلۡوَصِيَّةُ﴾. فنسخ الوجوب، وبقى الاستحباب فى حق من لا يرث وقد روى ابن عمر، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «يا ابن آدم، جعلت لك نصيبا من مالك حين أخذت بكظمك، لأطهرك وأزكيك». وعن أبى هريرة، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم». رواهما ابن ماجه. وقال الشعبى: من أوصى بوصية، فلم يجر، ولم يحف، كان له من الأجر مثل ما لو أعطاها وهو صحيح. وأما الفقير الذى له ورثة محتاجون، فلا يستحب له أن يوصى؛ لأن الله قال فى الوصية: ﴿إِن تَرَكَ خَيۡرًا﴾. وقال النبى صلى الله عليه وسلم لسعد: «إنك أن تدع ورثتك أغنياء، خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس». وقال: «ابدأ بنفسك، ثم بمن تعول». وقال على رضى الله عنه لرجل أراد أن يوصى: إنك لن تدع طائلا، إنما تركت شيئا يسيرا، فدعه لورثتك. وعنه: أربعمائة دينار ليس فيها فضل عن الورثة. وروى عن عائشة رضى الله عنها أن رجلا قال لها: لى ثلاثة آلاف درهم، وأربعة أولاد، أفأوصى؟ فقالت: اجعل الثلاثة للأربعة. وعن ابن عباس قال: من ترك سبعمائة درهم ليس عليه وصية. وقال عروة: دخل على علىّ صديق له يعوده، فقال الرجل: إنى أريد أن أوصى. فقال له على: إن الله تعالى يقول: ﴿إِن تَرَكَ خَيۡرًا﴾، وإنك إنما تدع شيئا يسيرا، فدعه لورثتك. واختلف أهل العلم فى القدر الذى لا تستحب لمالكه، فروى عن أحمد: إذا ترك دون الألف لا تستحب الوصية. وعن على: أربعمائة دينار. وقال ابن عباس: إذا ترك الميت سبعمائة درهم، فلا يوصى. وقال: من ترك ستين دينارا، ما ترك خيرا. وقال طاوس: الخير ثمانون دينارا. وقال النخعى: ألف وخمسمائة. وقال أبو حنيفة: القليل أن يصيب أقل الورثة سهما خمسون درهما. والذى يقوى عندى، أنه متى كان المتروك لا يفضل عن غنى الورثة، فلا تستحب الوصية؛ لأن النبى صلى الله عليه وسلم علل المنع من الوصية بقوله: «أن تترك ورثتك أغنياء، خير من أن تدعهم عالة». ولأن إعطاء القريب المحتاج خير من إعطاء الأجنبى، فمتى لم يبلغ الميراث غناهم، كان تركه لهم كعطيتهم إياه، فيكون ذلك أفضل من الوصية به لغيرهم، فعند هذا يختلف الحال باختلاف الورثة فى كثرتهم وقلتهم، وغناهم وحاجتهم، فلا يتقيد بقدر من المال. والله أعلم. وقد قال الشعبى: ما من مال أعظم أجرا، من مال يتركه الرجل لولده، يغنيهم به عن الناس.

أفضل، وقيل: لا تستحب الوصية لمن قل ماله، والصحيح الأول.

ولا تصح إلا من حر مكلف، فلا تصح من رقيق ومكاتب ولو عتيقا قبل الموت، وقيل: تصح إن عتق.

ولا تصح من مجنون ومبرسم وصبى، وفى المميز وجه، وتصح من المحجور عليه بالسفه؛ لأنه مكلف ولاحظ له فى بطلانها.

ثم الوصية إن كانت لجهة عامة اشترط فيها ألا تكون جهة معصية، فتصح لنحو الفقراء والعلماء وعمارة قبور الأنبياء والصالحين، فلو أوصى مسلم أو كافر بعمارة كنيسة أو كتب توراة أو إنجيل لم تصح، ولو أوصى بدار تصرف عليها إلى أهل الذمة، أو ببناء رباط لهم جاز، وإن كانت الوصية بخاص[1] اشترط أن يكون موجودا حال الوصية، وأن يكون معينا وأن يكون أهلا للملك عند موت الموصى، فلا تصح لحمل سيولد على الأصح ولا لأحد الشخصين، ويشترط التعيين حيث يكون لفظ أوصيت لفلان، أما إذا قال: أعطوا أحد الرجلين كذا، فإنه يصح ذكره فى المهذب، ونقله عنه فى الروضة وعن صاحب التهذيب، والفرق: أن لفظ الوصية تمليك لغير معين[2]، وهذا وصية بتمليك معين، والتمليك من الموصى إليه لا يكون إلا لمعين.

ولو أوصى لحمل امرأة نظرت: إن انفصل لأقل من ستة أشهر استحق، وإن انفصل لأكثر من أربع سنين لم يستحق شيئًا أو لما بينهما - وهى غير فراش - استحق على الأصح، وإلا فلا، فإن انفصل ميتا - ولو بجناية جان - لم يستحق شيئًا.

ويشترط أن يكون الموصى له أهلاً للتملك عند موت الموصى، فلو أوصى لعبد فعتق قبل الموت صحت الوصية له، وإن عتق بعد موت الموصى فهى لسيده، إن قبلها العبد ويشترط قبوله ولا يجزى قبول سيده على الأصح وله القبول، وإن منعه سيده على الأصح، وإن أوصى لدابة، لم يصح إلا إذا كان لها من يلزمه علفها، ونوى صرفه في علفها، فتكون حينئذ وصية لمن يلزمه علفها، ويتعين صرفه فى العلف على الأصح، ولو تصدق على رجل بدراهم ليكتسى بها لم يجز صرفها فى غير الكسوة، على الأصح، ولو باع المال لدابة صرف فى علفها على الأصح، هكذا صححه النووى، واستشكل؛ لأنا قلنا: إن الوصية لمالكها فكيف تنتقل إلى ملك المشترى.

واشترط أن يكون الموصى له معينا، ويتولى صرفه فى العلف القاضى إن لم يعين

---

(١) فى ط: وإن كانت للخاصة.

(٢) فى ط: العين معينا.

الموصى أحدًا.

وقوله في الحاي: أو لموجود معين، إلى قوله: وصرف، فيه أمران:

أحدهما: قوله: معين، يرد عليه صرفه فيما إذا قال: أعطوا العبد لأحد الرجلين فإنه يصح، ذكره في العزيز والروضة.

الثاني: قوله: ودابة شرط صرفه في علفها[١]، فاقتضى أنه لابد من صيغة الشرط، وليس كذلك بل إذا قصد ذلك كفى. قال في الروضة بعد أن ذكر الوصية للدابة: ولو فسره بصرف في علفها صحت؛ لأن علفها على مالكها، والقصد بهذه الوصية من يملكها.

وقوله: ولمسجد وحربي ومرتد وقاتل، ولوارث، بإجازة بعد موت كزائد لديه[٢] عن ثلث ولو بعين كحصته وبقدرها لغو وبوارث مريض، ابتياع منه بقيمة.

أي: وتصح الوصية للمسجد مطلقا، وفي وجه لابد أن يشترط الصرف في مصالحه، وتصح للحربي؛ لأنه يملك، والمرتد كما للحربي، وقيل: لا، كإرثهما والأصح الصحة.

وتصح الوصية للقاتل على الأصح سواء أوصى له بعد أن جرح أو لرجل فقتله، وتصح للوارث موقوفة على إجازة الورثة بعد موت الموصى، وقيل: لا تصح، فإن فعلوا فهي عطية منهم[٣]، والأصح خلافه، وكذلك تصح بالزائد على الثلث اعتبارًا بالثلث، واعتبار الثلث لدى موت الموصى لا عند الوصية على الأصح، فإن كان وارثه المسلمين، لم يكن للإمام أن يجبر على الأصح، فلو أجازه الورثه في حياة الموصى، فلهم الرد بعد موته؛ إذ العبرة بها بعد الموت.

ولو أوصى لوارث بعين هي قدر نصيبه فلابد من الإجازة، كما لو خلف ثلاثة بنين، وفي التركة ثوب هو ثلث ماله، فأوصى لأحدهم بالثوب، فلابد من الإجازة، فلو أوصى لكل واحد منهم بقدر حصته من ماله، بأن أوصى لكل واحد من الثلاثة بثلث ماله، لغت الوصية؛ لأنه يستحق ذلك بالميراث، وقيل: يصح ويأخذه وصية، وتظهر الفائدة فيما إذا ظهر دين، فإن قلنا: يأخذه وصية وجب بيعه في الدين، فإن قلنا: يأخذه إرثًا، فله إمساكه والقضاء من غيره.

ولو باع ماله في المرض من الوارث بلا محاباة، صح البيع في الجميع من غير وقف على الإجازة؛ إذ لا تبرع.

---

(١) في ط: قوله: وجاز شرط في علفها.
(٢) في متن «الإرشاد»: لداه.
(٣) في ط: فإن نقلوا فهو غبطة منهم.

وقوله: بمقصود ينقل لا قصاص وحد قذف[١]، وإن أبهم، كأحد ذين، وبحمل وملك يحدث ومنفعة ومحرم صلح باسمه لمباح.

أى: وتصح الوصية بما يقصد الانتفاع به من مال وعين[٢]، ويشترط أن يكون مما ينقل الملك فيه، فلا تصح الوصية بالمستولدة، ولا بالحقوق التى لا تنقل كالقصاص وحد القذف، وإن كانت تنقل بالإرث، لكن مستحقها لا يمكنه نقلها، ولا بالحقوق التابعة للمال كالخيار والشفعة، وتصح الوصية بالمبهم كأحد هؤلاء العبيد، وبالمجهول كحمل دابة وأمة، وبكل حمل تحمله هذه الدابة، وبمنفعة العبد والدار ونحوها، وكل هذا[٣] مجهول أو معدوم، وإنما جاز لأن الوصية جوزت رفقا بالناس فاحتمل فيها الغرر[٤]، وإن كان أوصى بمال الغير، نظرت: فإن أطلق الوصية ثم ملكه لم تنعقد الوصية، وإن قال: أوصيت به لك إن ملكته، انعقدت على الأصح فيهما، وقد سوى بينهما فى الروضة وصحح الانعقاد فيهما وجزم الرافعى فى باب الكتابة ببطلانها فى الأولى، وهو الموافق للنص كما ذكره صاحب المهمات، وتصح بالمحرم إذا كان يمكن الانتفاع به مع بقاء اسمه فى مباح، وسواء احتاج إلى تغيير، أم لا، وإذا أوصى له بطبل لهو، وصلح للحرب صحت الوصية، وطبل اللهو كاللذى يضرب المخنثون به واسع الطرفين ضيق الوسط، فإن قال: أعطوه طبلا حمل على المباح، لا إن قال: من طبولى وليس فيها إلا طبول اللهو، وإن كان المحرم لا ينتفع به إلا بعد زوال اسمه بطلت فيه، وإن كان من ذهب أو فضة.

وقوله: وكذا زبل وخمر محترمة، وكلب نافع إن كانت له، ونفذ فيها إن ملك متمولا، لم يوص بثلثه، وإلا ففى ثلثها وفى مختلف بفرض قيمة.

أى: وكذا تصح الوصية بكل نجس يحل الانتفاع به كالزبل، ينتفع به فى الأرض، والزيت النجس لأنه يستصبح به، وبشحم الميتة، إذ يجوز دهن السفن به، وتجوز الوصية بجلد الميتة والخمر المحترمة والكلب الذى ينتفع به إما للصيد أو للماشية والزرع؛ لأنها تثبت فيه الاختصاص ويصح نقله من يد إلى يد، بخلاف الخمر والخنزير والكلب العقور، وإنما تصح فيها الوصية إذا كان تحت يده وإلا بطلت؛ لأنها لا تشترى بخلاف ما إذا أوصى

---

(١) فى أ: وقدْ حَذْف.
(٢) فى ط: وغيره.
(٣) فى ط: وكذا.
(٤) فى ط: والضرر.

له بعبد ولا عبد له فإنه يشترى، فإذا أوصى بشىء معه من هذه المذكورات وكان له مال، وإن قل، نفذت فى جميعها، وإن لم يكن أو كان أوصى بثلثه معها، ففى ثلثها، وإن لم يكن له مال وله كلب فقط، فإن أوصى به نفذ فى ثلثه، وإن كان له كلاب، فأوصى بها، فالأصح أنه ينفذ فى ثلثها بالعدد، وقيل: بفرض القيمة، فإن اختلفت أجناسها، بأن خلف كلبًا وخمرًا محترمة وذبلا، وقد أوصى بها أخذ الثلث بفرض القيمة، فيقدر فيها المالية، كما يقدر الحر عبدا أو يقوم.

وقوله فى الحاوى: بمقصود، إلى قوله: ونفذ كله، إن ملك متمولا، فيه أمور:

أحدها: قوله: كحمل يوجد، اقتصر عليه، والأصح أنه يصح أيضا بملك يوجد، كما إذا أوصى له بهذا العبد إن ملكه، وقد بيناه.

الثانى: قوله: وطبل لهو يصلح بمباح، لم يشترط بقاء الاسم والأصح اشتراطه، فإن رضاض طبل[١] اللهو ونحوه يصلح لمباح، والأصح أنه لا تصح الوصية به.

الثالث: قوله: إن كان له، يوهم اختصاصه بالكلب، وهو عام له وللزبل والخمر المحترمة دون الطبل وما قبله.

الرابع: قوله: ويعتبر الثلث بفرض القيمة، والأصح ما قدمناه من أنه عند الاتفاق يعتبر الثلث بالعدد.

الخامس: قوله: فى الوصية بالكلب[٢] ونفذ كله إن ملك متمولا، هذا إذا لم يوص بثلث المتمول، فإن أوصى بثلثه فالأصح أنه لا ينفذ فى الكل بل فى الثلث.

وقوله: وما فوته معلقا، بموت أو فى مرضه، من ملك مجانا، أو يد فمن الثلث.

أى: أراد بهذا ضبط التبرع المحسوب من الثلث يدخل فيه المال والمنفعة؛ لأن المنفعة مملوكة يصح الاعتياض عنها، وإنما يحسب التفويت للملك من الثلث إذا كان مجانا، أما إذا فوت ملكه ببيع أو إجارة بعوض المثل فإنه يعتبر من رأس المال، سواء كانت المعاوضة لوارث أو غيره، وإن عاوض لمحاباة فوق ما يتغابن بمثله فالقدر المحابى به يفوت[٣] مجانا، [وسواء قصد محاباته أو غبنه المشترى. أما اليد فسواء فوتها مجانًا][٤] أو بعوض المثل فإنه يحسب من الثلث، وفوتها يكون فيما لا يتمول كجلد الميتة، وفيما يتمول كما

---

(١) فى ط: فإن رضى من طبل.
(٢) فى ط: بالكلاب.
(٣) فى ط: المحاباة يفوت.
(٤) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

إذا باع المريض مؤجلًا ثم مات قبل الحلول، فإن لم يخرج المبيع من الثلث فللوارث رد المبيع فيما زاد على الثلث؛ لما فيه من تفويت اليد على الوارث، وللمشترى الخيار لتبعيض الصفقة.

واعلم أن التفويت مجانًا إنما يعتبر من الثلث إذا كان معلقًا بالموت، وإذا حصل فى مرض الموت بأن تصرف وهو مريض، وكذا إذا علق عتق العبد بدخول الدار فدخل وهو مريض على الأصح.

والتعليق بالموت سواء حصل فى الصحة أو المرض فحكمه واحد، فإن حصل التفويت فى غيرهما كما إذا قال: إن مت فجأة فعبدى حر قبل موتى بيوم، وإن مت فعبدى حر قبل مرض موتى بيوم، فإنه ينفذ من رأس المال، نقله الرافعى فى التدبير وفى الوصية أيضا معناه.

واعلم أنه قد سبق فى أول الفرائض أن الوصية إنما تنفذ فيما بقى بعد قضاء الدين، فأغنى عن ذكر هذا الشرط هنا.

وقوله فى الحاوى: وتفويت المال المملوك، أو اليد مجانًا بلا استحقاق مضافًا إلى الموت أو فى مرضه منجزًا أو مضافا من الثلث بعد الدين، فيه أمور:

أحدها: قوله: وتفويت المال المملوك، لا تدخل فيه المنفعة وحكمهما واحد كما علمت، فإذا أعار داره فى مرض موته، فالمنفعة محسوبة من الثلث واسم المال لا يتناولها، كما علم من باب اليمين، فلو قال: وتفويت الملك[1] لكان أعم وأخصر.

الثانى: قوله: أو اليد مجانا، يقتضى أن تفويت المال[2] إذا كان بعوض لا يحسب من الثلث، وليس كذلك؛ لأن تفويت المال إذا كان بعوض لا يحسب من الثلث، وليس كذلك لأن تفويت اليد قد يكون فيما لا يعتاض عنه كالكلب والزبل، وقد يكون فيما يعتاض عنه كمن باع فى المرض بثمن مؤجل ومات قبل الحلول، فإن المبيع إن لم يخرج من الثلث نفذ البيع فى قدر الثلث منه، سواء باع بثمن المثل أو أكثر أو أقل على أنه قد ذكر ما أهمله فى الحاوى بعده.

الثالث: قوله: بلا استحقاق، [لا حاجة إليه؛ فقد سبق فى أول الفرائض بيان ذلك بقوله: ثم مؤن تجهيزه، ثم تقضى ديونه ثم وصاياه من ثلث الباقى وكذلك قوله بعد فى بعض النسخ: بعد قضاء الدين، يغنى عنه قوله: بلا استحقاق][3]، وكلاهما مستغنى عنه.

---

(١) فى ط: المالك.

(٢) فى ط: تفويت اليد.

(٣) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

الرابع: أن القونوى لما اعترض عليه بأن المنافع لا تدخل فى المال المملوك، قال: اللهم إلا أن يقال: إن ثبوت اليد على العين كثبوتها على منافعها؛ ولذلك بجعل قبضها قبضًا للمنافع. قلت: وإن قيل بذلك فهو مدخول أيضًا؛ لأن تفويت اليد لا يشترط فيه أن يكون مجانًا، وهو لم يفرد[١] فى اليد إلا إذا كانت مجانا بل لو فوت اليد فى المال والمنفعة بأكثر من عوض المثل حسب من الثلث، فلو أجر داره مدة، بقيت بعد موته بأكثر من عوض المثل مؤجلاً، اعتبرت من الثلث كما لو باع ماله مؤجلا، فعلمت أن تفويت المنافع بعوض غير داخل فى تفويت المال واليد[٢].

وقوله: وضمن ما زاد متهب أتلف، ونفذ إن ظهر له مال.

أى: وإذا وهب فى مرض موته وأقبض، فما زاد على الثلث أمانة فى يده على الأصح؛ لأنه دخل على ألا يضمن لكن إن أتلفه ضمن، ذكره فى العزيز والروضة فى الطريق الرابع فى المسائل الدورية، فإن ظهر للميت مال وقد حكمنا برد الزائد أبطلنا الحكم ونفذنا الوصية فيه.

وقوله: فمن ثلثه تدبير وكتابة، وإعارة، وإقباض هبة، وعتق مكفر، خير إن أوصى به ووفى وإلا عدل عنه.

أى: ومما يعتبر من الثلث[٣] التدبير سواء كان فى الصحة والمرض؛ لأنه معلق بالموت، والكتابة إذا كانت فى المرض تعتبر من الثلث، وإن كانت بأكثر من قيمته؛ لأنه يستعيض[٤] ملكه من ملكه فهو على الحقيقة تفويت مجانا، وإن كاتبه فى الصحة وسلم النجم فى المرض، لم يعتبر من الثلث؛ لأنه كالخارج من ملكه، وكذلك الإعارة، وقد سبق أن المنافع فيها معتبرة من الثلث.

ولو وهب فى الصحة مالاً وأقبضه إياه فى المرض، اعتبر من الثلث؛ لأن الهبة لا تتم إلا بالقبض، وكذلك إذا أوصى من عليه كفارة وهو مخير فيها ككفارة اليمين بأن يعتق عنها، وقد قيل: إن التفاوت الذى بين الأقل من الطعام والكسوة، وبين العتق معتبر من الثلث وهو ما قطع به فى الحاوى، والذى صححه الرافعى فى كتاب الأيمان أن جميع الرقبة يعتبر من الثلث، وتابعه فى الروضة النووى على ذلك وحكياه عن النص، وإن لم يف به الثلث، عدل عنه إلى الإطعام أو الكسوة.

(١) فى ط: لم يفوّت.
(٢) فى ط: فى اليد.
(٣) فى ط: من التلف.
(٤) فى ط: لأنه يستفيد.

وقوله: والأقل من نجوم وقيمة فى مكاتب فى صحة[١] أبرئ لمرض وثمن من عتق عليه بابتياع لا بغير عوض وقيمة سراية، ومحاباة، لا فى قراض ولا أجر عينه.

أى: إذا كاتب السيد عبده فى حال الصحة ثم أعتقه فى حال المرض أو وضع عند النجوم[٢] فعتق أو وصى بعتقه[٣]، فالذى فوته على الورثة يعتبر من الثلث، وهو الأقل من قيمة العبد وما بقى عليه من النجوم؛ لأنه إن كانت القيمة أقل فربما كان بعجز نفسه فلا يتبقى للورثة إلا القيمة، فإن كانت النجوم أقل فليس لهم إلا ذلك؛ لأن الزائد تبرع به السيد فى الصحة فلا اعتراض لهم عليه.

وإذا اشترى المريض من يعتق عليه من أصوله وفروعه حسب الثمن من الثلث، فلا تحسب القيمة؛ لأنه لم يفوت إلا الثمن، أما من يعتق عليه بغير عوض كمن ملكه بالإرث والهبة والوصية سواء قبلها هو أو الوارث، فإنه لا يحسب من الثلث؛ لأنه لم يفوت عليهم شيئًا، فإن اشترى أو وهب له أو وصى له بالشقص ممن يعتق عليه فعتق عليه وسرى إلى الباقى، لزمته قيمة ما سرى إليه؛ لأنه فوته باختياره ولتملكه وحسب من الثلث، وإن ورث الشقص لم يسر العتق إليه؛ لأنه لم يختر تملكه، بل ملكه قهرًا، وكذلك قيمة المحاباة الزائدة على ما يتغابن به يعتبر من الثلث، فإن كانت المحاباة فى القراض بأن شرط له أكثر من أجر عمله لم يحسب من الثلث؛ لأنه لم يفوت مالاً حاصلا بخلافه فى المساقاة؛ لأن الثمرة كالحاصلة؛ لأنها تحصل بنفسها فى وقت معلوم، وكذلك لو أجر نفسه بأقل من أجرة المثل لم يحسب من الثلث؛ لأنه امتناع من التحصيل لا تفويت للحاصل، بخلاف إجارة أمواله وما يلزم ذمته من إجارة.

وقوله فى الحاوى: وشرى بعض قدر الثمن وسرايته لا إرثه واتهابه وقبوله، والوارث ووصيته، استثنى من شراء البعض، وسرايته، ما إذا دخل فى ملكه باتهاب أو وصية[٤]، فإنه لا يحسب من الثلث، وهو صحيح فى اتهابه البعض لا فى سرايته.

وقوله: وهى فى النكاح تبرع على وارث، وحيث لا إرث، فهى منه لا منها من الثلث وقيمة مؤجلة ولو بغبطة[٥]، إن مات ولم يحل.

أى: والمحاباة فى النكاح تبرع على الوارث، فإن تزوج المريض بأكثر من مهر المثل

---

(١) فى متن «الإرشاد»: بصحة.
(٢) فى ط: ووضع عنه النجوم.
(٣) فى ط: وعتقه.
(٤) فى ط: باتهاب الوصية.
(٥) فى متن «الإرشاد»: لغبطة.

فقدر مهر المثل من رأس المال؛ لأنه فى مقابلة عوض والزائد عليه محاباة للزوجة وهى وارثة، وكذلك إذا تزوجت المريضة رجلاً بدون مهر المثل فهى محابية له بما حطته من مهرها، فلوارثها رد المحاباة ومطالبته بمهر[١] المثل، فإن لم يكن المحابى[٢] منهما وارثا، فإن كان هو الزوجة وقد بانت أو كانت ذمية فالمحاباة من الثلث، وإن كان المحابى هو الزوج وهو غير وارث بأن مات قبلها أو كان مسلمًا وهى ذمية أو كان عبدًا، لم يكمل مهر المثل ولم يعتبر النقص من الثلث؛ لأن المريض إنما يمنع من تفويت ما عنده، هكذا ذكره الرافعى والنووى ونسبه إلى الجمهور، وقد اعترض صاحب المصباح[٣] على الرافعى وقال: هذا التعليل يقتضى المساواة بين أن يكون الزوج وارثا أو غير وارث؛ ولهذا لم يفرق الغزالى، قال: وغاية ما فى الباب أن يقال: إذا خصت المرأة[٤] وارثا بإحسان[٥] ليس فيه تفويت مال. انتهى. وهذا ظاهر، فهو كما لو خدمته[٦] بلا أجرة، والذى نقله فى الروضة عن الجمهور ونقله فى الجواهر عن الإمام والقاضى: أنه يعتبر من الثلث مطلقا، وكذلك يعتبر قيمة المؤجل بعد الموت من الثلث كما سبق بيانه قريبا، وإن كان البيع بغبطة؛ لما فيه من تفويت اليد على الورثة.

وقوله: وقدم ما رتب بتنجيز أو شرط، وإلا قسط، ولا عتق، بل يقرع ولو الثلاثة أعتق بعض كل لا بعده، فلو مات واحد وخرجت له عتق ورقا، أو لحى فثلثاه، وكله إن ضمن الوارث الميت.

أى: هذه التبرعات المحسوبة به من الثلث إذا صدرت لا يخلو إما أن تكون كلها منجزة، أو معلقة بالموت، أو من النوعين، فإن كانت كلها منجزة، نظرت: فإن كانت مرتبة، كأن أبرأ ثم وهب ثم أعتق، قدم الأول فالأول؛ لأنه تصرف فيما يملك حتى يستكمل الثلث، ثم يبقى باقى تصرفه موقوفًا على الإجارة، وإن لم تكن مرتبة كأن وهب لجماعة، أو أعتق

---

(١) فى ط: ومعاملته بمهر.
(٢) فى ط: لم تكن المحاباة.
(٣) هو: عبد العزيز بن محمد بن على، الإمام ضياء الدين، الطوسى، ثم الدمشقى، اشتغل بالعلم، وتفنن، وشرح الحاوى شرحًا حسنًا سماه المصباح، وشرح مختصر ابن الحاجب، توفى بدمشق فجأة فى جمادى الأولى سنة ست وسبعمائة.
تنظر ترجمته فى: طبقات ابن قاضى شهبة (٢/ ٢١٧)، طبقات السبكى (١٠/ ٨٥).
(٤) فى ط: حصة المرأة.
(٥) فى ط: باختيار.
(٦) فى ط: كما يؤخذ منه.

جماعة مرة واحدة، لم يتقدم أحد على أحد بل يقسط بينهم فى غير العتق، وفى العتق يقرع بينهم، فمن خرجت قرعته عتق، وإنما لم يقسط العتق؛ للحديث: «أن رجلا أعتق ستة لا يملك غيرهم، فجزأهم الرسول ﷺ أثلاثًا ثم أقرع بينهم، فأرق أربعة وأعتق اثنين»[١]، ولأن المقصود التخلص من الرق ولا يحصل بالتشقيص[٢].

وأما المعلقة بالموت: فإن شرط الترتيب بينهم بأن قال: أعطوا فلانا كذا، ثم فلانا بعده - اتبع الشرط، وإن لم يشترط بل قال: أعطوا فلانا وأعطوا فلانا، فلا يقدم أحد بتقديم وصية، بل يقسط حتى لا يقدم العتق المعلق بالموت على الموصى بإعتاقه على الصحيح؛ لأن وقت الاستحقاق واحد، ولا يقدم العتق على غيره، وفى قول مقدم على ما علق بالموت غير مرتب.

ولو كان مال المريض ثلاثة أعبد قيمتهم سواء فأعتقهم أو أعتق من كل واحد بعضه، أقرع بينهم؛ لأن ضرورة العتق السراية، فكأنه أعتقهم كلهم فيقرع بينهم، أما لو أعتق بعض كل بعد موته بتدبير، أو إيصاء فلا يقرع بل يعتق من كل ثلثه على الصحيح؛ إذ لا سراية بعد الموت، ولو مات أحد الثلاثة الذين أعتقهم فى مرض موته أدخل فى القرعة، فإن خرجت للميت عتق ورق الآخران بل تبين عتقه، وحسب على الميت؛ لأن قصده الثواب وقد حصل بعتقه، وإن خرج العتق لأحد الحيين لم يعتق إلا ثلثاه؛ لأنا لا نحسب على الورثة إلا ما يصير إليهم، نعم إن كان الميت قد دخل فى ضمان الورثة بامتداد أيديهم إليه حسب عليهم وعتق الحى كله.

[وقوله فى الحاوى: قدم الأول المنجز فالأول، ثم يقرع فى العتق، وإن عتق ثلث كل وعلى الميت قبل دخوله فى يد الوارث، فيه أمور:

أحدها: قال القونوى: إن مفهوم قوله: قدم الأول المنجز فالأول؛ لئلا يقدم المعلق فالأول مطلقا، وفيه نظر لما مر أن الموصى: إذا اعتبر وقوع التبرعات الموصى بها على الترتيب بعد موته، لم يكن بد من تقديم ما قدمه.

الثانى: قوله: قبل دخوله فى يد الوارث، يقتضى أنه إذا مات بعد دخوله فى يده لا يدخل فى القرعة، وهو مشكل، وإنما يسوغ إذا كان إنشاء العتق يحصل بالقرعة، أما وهى يتبين بها العتق من حين العتق بحيث يملك من خرجت له القرعة كسبه من حينئذ، فلا يسوغ منع دخوله فى القرعة، وحرمان وارثه كسبه، ولكن يدخل فيها، فإن خرجت له تبينا

---

(١) أخرجه مسلم (٥٦/١٦٦٨).

(٢) فى ط: ولا يخلص تشقيص.

موته حرًّا وورث عنه كسبه وكان غير مضمون على الوارث؛ لأن الحر لا يدخل تحت اليد وإن خرجت لغيره، وقد دخل الميت؛ لأن الحر لا يدخل فى ضمان الورثة عتق كله وبقى مع الوارث العبد الآخر والميت؛ لأنه مات فى ضمانه.

الثالث: قوله: فى يد الوارث، يقتضى أن الوارث يضمن بمجرد دخولهم ولو قهرًا كما إذا مات مورثه وهو معه فى داره؛ لأنه يصير مستوليا على الدار وما فيها، وهذا بعيد، وقد ذكر فى التتمة هذه المسألة، وقال: يقرع بينهم، فإن خرجت القرعة على الميت حكمنا بأنه مات حرًّا، وإن خرجت على عبد حى نظر: فإن كان الحاكم قد حال من العبد ومن الورثة، فالحكم كما لو مات أحدهم قبل موت السيد.

وإن كان قد سلم التركة إليهم وأمرهم بالإقراع فمات أحدهم قبل القرعة وخرجت القرعة على عبد حى، ففى المسألة وجهان:

أحدهما: نحكم بعتق كله.

والثانى: لا؛ لأن التركة ما حصلت فى أيديهم حكما؛ لكونهم ممنوعين من التصرف والتسلط. انتهى.

وفى هذا التفصيل تصريح بمخالفة صاحب الحاوى فى منعه القرعة، فإن الحاكم القاضى نحل بينهم فى الغالب إلا بعد الاستيلاء على التركة باليد القهرية، فإذا قبضوه باختيارهم من القاضى جرى الوجهان][1].

وقوله: وإن علق عتق سالم بغانم قدم غانم.

أى: إذا قال المريض: إن أعتقت غانما فسالم حر، ثم أعتق غانما فى مرضه قدم غانم، فإن اتسع الثلث له والسالم أو بعضه عتق منه ما اتسع وإلا رق؛ لأنه لو أقرع بينهما ربما خرجت القرعة لسالم فرق غانم، فإذا رق لم يحصل الشرط، فيؤدى إلى حصول المشروط دون الشرط.

وقوله: ومكن ما أمكن الوارث ضعفه.

أى: إذا أوصى بعين لرجل أو وهبها له فى المرض، لا يمكن منها إلا أن يحصل للوارث ضعفها، فلو كانت العين حاضرة والمال غائب، لم يمكن من التصرف فيها ولا فى ثلثها على الأصح؛ لأن الورثة لم يتصرفوا فى ضعفها، وإذا حضر المال نصفه مثلا وهى ثلث

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

المال، لم يتصرف إلا فى ثلثها[١].

وقوله: ومنع غير ثلثه فى مرض مخوف كقولنج وذات جنب ورعاف دام وإسهال تواتر، وأول فالج والتحام قتال وأسير كافر قتال، وتقديم لقصاص ورجم، وظهور طاعون، وتموج بحر وطلق، وبقاء مشيمة، وحمى ورد وغب وإطباق.

أى: ويمنع المريض من الزيادة على الثلث، وهذا أحد أنواع الحجر، اعلم أن المريض إذا بلغت روحه الحنجرة وكذا من قطع حلقومه ومريئه أو شق بطنه وخرجت حشوته، لم يعتبر كلامه فى هذه الأحوال؛ لأنه صار فى حيز الأموات، وإن لم ينته[٢] إلى ذلك لكن مرضه مخوف منع من الزوائد على الثلث، والمخوف كالقولنج وهو مرض يتعسر منه خروج الخارج فيتصعد بسببه البخار إلى الدماغ فيؤدى إلى الهلاك، وذات الجنب، وهو ورم يحدث فى داخل الجنب، وأما الرعاف فأوله غير مخوف فإذا دام فهو مخوف، وكذلك الإسهال ليس بمخوف إلا إذا تواتر؛ لأنه ينشف الرطوبات، وأول الفالج مخوف وسببه غلبة الرطوبة والبلغم[٣]، فإذا هاج أطفأ الحرارة الغريزية فأهلك، فإذا استمر لم يخف منه، وكذلك التحام القتال مخوف وليس من الأمراض لكن ألحق بها وما فى معناها؛ لاشتراكهما فى المخوف الموجب للحجر؛ لأن المرض لا يوجبه إلا إذا كان مخوفًا، ولا يخفى أن التحام القتال إنما يكون مخوفا عليهما جميعا إذا تكافأ أو تقارب التكافؤ، وأما إذا كانت إحدى القبيلتين ضعيفة فالخوف عليها فقط.

ومن الأحوال المخوفة الأسر إذا كان من كفار عادتهم قتل الأسرى، وكذلك التقديم للقصاص وللرجم فى الزنى، وكذا زمن الطاعون مخوف وإن لم تظهر بالشخص العلة، وكذلك تموج البحر عند اشتداد الرياح مخوف، وحالة الطلق للحامل[٤] حتى تلد، وتلقى[٥] المشيمة مخوف ويزول بإخراجها وضر بان شديدا، وموت الولد فى الجوف يوجب الخوف، وكذلك حمى الورد وهى التى تأتى كل يوم، وحمى الغب التى تأتى يومًا وتقلع يومًا، وكذلك الحمى المطبقة وهى التى لا تبرح.

وقوله: لا ربع وسل وجرب ووجع ضرس وحمى يومين.

أى: ليس من الأمراض المخوفة حمى الربع؛ لأنها تأتى يومًا وتقلع يومين، فيأخذ

---

(١) فى ط: نصفها.
(٢) فى ط: أو لم ينته.
(٣) فى ط: رطوبات البلغم.
(٤) فى ط: للولادة.
(٥) فى ط: وتبقى.

صاحبها القوة فيهما، وكذلك السل، وذكره فى الحاوى وذكر أن آخره مخوف، وقال الرافعى: الأشبه أنه ليس بمخوف، وتبعه النووى فى ذلك، ووجهوه بأن السل وإن لم يسلم منه صاحبه غالبا، فإنه لا يخاف منه الموت عاجلا فهو كالشيخوخة، ولا يخفى أن الجرب ووجع الضرس، وحمى اليوم واليومين ليس بمخوف.

وقوله: وإن خفى فبينة عارفة ونفذ تصرف من عاش من مخوف لا من مات بضده إلا من غيره.

أى: وإذا خفى كون المرض مخوفا، إما وهو مشاهد فأشكل، أو بعد الموت، وادعى الموصى له أن المرض لم يكن له مخوفا، فإنه لا يثبت كونه مخوفًا إلا بشهادة شاهدين عارفين بالمرض، أما فيما شوهد وأشكل فأهل المعرفة فيه الأطباء، فيشترط كون الشاهدين طبيبين، وأما فيما ذكره[1] الموصى له ولم يكن مشكلا فيشترط أن يعرف كون الحمى مطبقة أو ورد أو نحو ذلك، واكتفى بقوله: فبينة عارفة؛ لأنه لابد للبينة من العدالة ونحوها، ولأن البينة أشمل من قوله فى الحاوى: ويعتمد طبيبين أهلى شهادة؛ فإنه فى المرأة قد يقبل رجل وامرأتان أو أربع نسوة، إذا كانت بحيث لا يطلع عليها الرجال غالبا.

فإذا تصرف فى مرض مثله فى الظاهر مخوف حجر عليه فيما زاد على الثلث، ثم يتم الحجر بالموت، سواء مات منه أو من غيره بأن قتل أو غرق، وإن عاش تبينا أنه غير مخوف ونفذنا تصرفه، فإن مات تبينا أنه كان مخوفا، وأن تصرفه فى الزائد على الثلث[2] غير صحيح، وإن مات من غيره بأن قتل أو كان مريضًا لا يحال بالموت عليه كوجع الضرس، فالتصرف نافذ، والموت محال به على الفجأة.

وقوله فى الحاوى: ويعتمد طبيبين إلى قوله: لا فجأة، فيه أمران:

أحدهما: أنه لم يتبين فى أى وقت يعتمد الطبيبين، والمراد عند الإشكال، وأما مسألة النزاع بين الموصى له والوارث فقد يكفى غير الطبيبين بأن يختلفا فى كون مرضه وجع ضرس أو حمى.

الثانى: قوله: إن لم يكن مخوفا فمات لا فجأة، يوهم أن الفجأة تعتبر بنفسها مع كل مرض غير مخوف، ونحن لا نعتبرها إلا بالمرض، فإن كان مرضا لا يمكن منه الموت كوجع الضرس أحلنا الموت على الفجأة، وإن كان مرضا يمكن الموت منه، أحلنا الموت عليه فلو قال: فمات من غيره كان أوضح وأعم.

---

(١) فى ط: فيما أنكره.
(٢) فى ط: الزائد.

وقوله: بأوصيت أو ببعد موتى فى كأعطوه أو جعلته له وبكناية[(١)] كعينت وكتابة.

أى: وتصح الوصية بالإيجاب والقبول الصريح كأوصيت له بكذا، وإن لم يقل: بعد موتى، بخلاف غيره، وكذلك نحو أعطيت، أو أعطوا زيدا كذا بعد موتى، وملكته ووهبته أو منحته وتصدقت عليه وجعلته له بعد موتى، وكذلك هو لزيد بعد موتى، والكناية التى تحتاج إلى النية كعينت وميزت هذا لزيد، فإنه يحتمل أنه عينه أو ميزه ليعيره إياه[(٢)] أو ليملكه منافعه مطلقا أو لتملكه عليه[(٣)]، وكذلك جعلت لزيد كذا من مالى، وهذا لزيد من مالى من غير إضافة إلى الموت، وتكون كناية.

وكذلك الكتابة إذا كتب: أوصيت لزيد [من مالى بكذا، أو كتبت لزيد بكذا من مالى بعد موتى، وقال: نويت الوصية، أو اعترف وارثه أنه نوى الوصية - انعقدت][(٤)].

وقوله فى الحاوى: بأوصيت وأعطوه وجعلته له من مالى، والكناية والكتابة، فيه أمور:

أحدها: أنه حصر التصريح والكناية فيما ذكر، وليس بمنحصر فيه، ولو قال: كأعطوه وعينت لكفى.

الثانى: أنه سوى بين لفظ أوصيت وغيره فى عدم الإضافة إلى الموت، ولابد من الإضافة لكن فى غير أوصيت.

الثالث: أنه جعل قوله: أعطوه وجعلته له من مالى صريحًا، ولكن إذا قال لرجل: أعط فلانا من مالى كذا، ولم يقل: بعد موتى، كان وكيلاً ينعزل بالموت، وإذا قال: وهبت لفلان كذا من مالى واقتصر عليه، كان هبة ولم يكن كناية فى الوصية على الأصح؛ لأنه صريح فى بابه. وإذا قال: هذا لفلان فهو إقرار، فإن قال: من مالى فهو كناية على الوصية؛ لأنه لا يصلح إقرارًا، ذكره الرافعى والنووى، ولا يبعد أن يكون جعلته له من مالى كذلك؛ لأنه ليس بصريح فى الهبة.

وقوله: وقبول معين محصور بعد موت موص، كوصاية أو وارثه إن مات بعده.

أى: وتصح بأوصيت وبقبول، فإذا أوصى لزيد أو لأولاد زيد صح واشترط القبول من الموصى له بعد موت الموصى فإن مت قبلى أو رد قبل موته لغا، وكذلك الموصى إليه لا يكون وصيا حتى يقبل الوصاية بعد موت الموصى، فإن أوصى لمعينين غير محصورين

---

(١) فى ط: وبكتابة.
(٢) فى ط: ميزه لغيره أباه.
(٣) فى ط: عينه.
(٤) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

كبنى هاشم والعلويين لم يشترط قبولهم، كما إذا أوصى لغير معينين كالفقراء، فإن مات الموصى له المعين نظرت: فإن مات قبل الموصى بطلت الوصية، أو بعده وقبل القبول قام وارثه مقامه فى القبول والرد، ولم يقيد فى الحاوى المعين بالمحصور، فيرد عليه الوصية للعلويين ونحوهم، فإنهم معينون غير محصورين، ولا يشترط قبولهم كما قاله فى العزيز والروضة.

وقوله: وقبول عبد ولو نفسه عطية لا عتقا ومالك دابة وبان به الملك من الموت.

أى: وإذا أوصى السيد لعبده بمال اشترط قبول العبد، ويصح بغير إذن السيد، وكذلك إذا أوصى السيد لعبده برقبته، اشترط قبوله، بخلاف ما إذا أوصى بعتقه، فإن عتقه ينفذ من غير قبول؛ لتأكد حق الله تعالى فى العتق، وكذلك الدابة، إذا أوصى لها وقد مضى حكم الوصية لها، ويشترط أن يقبل المالك، فإذا قبل الوصية بعد الموت تبينا أنه ملك بالموت، فيأخذ فوائدها من حينئذ، ولو أوصى لزيد بأبيه أو بزوجته أو لعبد بنفسه فقبل بعد الموت، تبينا عتق الأب عليه من يوم ملكه وهو بالموت، وكذلك انفساخ الزوجة وفطرة العبد ونفقته.

وقوله: ولا يرث من أوصى به لأبيه فقبل وارثه ومن شهد بنسبه عتيق عمه، من التركة ومن عتق بأبيه من ثلث أبيه.

أى: إذا أوصى رجل لرجل بأبيه فمات الموصى له بعد موت الموصى وقبل أن يقبل فقبل وارثه، فإن الابن[1] يعتق على الأب ولا يرث، سواء كان يحجب من حصل له القبول، أم لا؛ لأنه إن كان القابل أخًا للميت وورثناه حجب الأخ، وإذا حجبه بطل قبوله، وإذا بطل بطل عتق الابن، وما أدى ثبوته إلى إبطاله فهو باطل، وإن كان أنثى[2] فكذلك؛ لأنه لو ورث لأخرجه عن كونه قابلا إلا فى النصف، فلا يمكن الموصى له أن يقبل نصفه الآخر؛ لأنه إنما يقبل إذا كان وارثًا وهو لا يرث إلا إذا كان كله عتيقًا، وكذلك إذا خلف الميت أخًا فورثه وأعتق من تركته عبدين فشهد العبدان بابن للميت ثبت نسبه، ولا يرث؛ لأنه إذا ورث حجب عمه فلم يرث، فيبطل عتق العبدين وشهادتهما، ويبطل النسب، ولو شهدا فى هذه الصورة بنسب بنت وكان الأخ موسرا يوم الإعتاق، ورثت النصف؛ لأن الأخ يرث الباقى من العبدين، فإذا أعتقهما سرى العتق إلى نصيب البنت على الفور فى القول الأصح، فتصح شهادتهما لكمال عتقهما، وكذلك لا يرث من يعتق من الثلث، فإذا

---

(١) فى ط: فابن الابن.
(٢) فى ط: ابنا.

اشترى فى مرضه من يعتق عليه بالملك عتق من الثلث، ولم يرث؛ لأنه لو ورث لكان اشتراؤه تبرعًا على الوارث، والإرث والوصية لا يجتمعان هنا؛ لأن الشراء يوجب الملك، والملك يوجب العتق، والعتق يوجب الإرث والإرث يوجب التوقف على الإجازة والوقف يبطل العتق الموجب للإرث فيؤدى توريثه[1] إلى إبطال عتقه، وإذا بطل العتق بطل الإرث، وما أدى ثبوته إلى إبطاله بطل.

وقوله: وبطبل لمباح وعود للهو أو من عيدانى وخلت عنه فأحدها وقوس بغير بندق وندف وفى مما معى لا يشترى ودخل بندق ثم ندف انفرد.

شرع فى المسائل اللفظية، فإذا قال: أعطوه طبلاً وأطلق حمل على المباح فيعطى طبل حرب ونحوه إن كان معه، ويشترى له إن لم يكن معه طبول، وإن قال: أعطوه عودا حمل على عود اللهو فتبطل الوصية، وإن قال أعطوه قوسا فالقوس أنواع: العبرية التى منها النبل، والفارسية التى منها النشاب وقوس الحسبَان التى لها مجرى ينفذ فيها السهام وقوس الجلاهق وهو قوس البندق، وقوس الندافين، فإذا قال: أعطوه قوسا حمل على أحد الثلاثة الأولى؛ لأنها أغلب، فإن لم يكن أحد اشترى أحدها، ولو قال فى المسائل الثلاثة: من طبولى أو من عيدانى أو من قسى، ومعه هؤلاء وغيرهم فكذلك يحمل على ما ذكرناه، وإلى هذا أشار بقوله: مما معى، فإن لم يكن معه إلا طبول لهو لا تصلح للمباح حملت عليها للقرينة[2] وبطلت الوصية، وإلا أعواد بناء ونحوه حملت عليها وصحت، وكذلك إن لم يكن معه من أنواع القسى الثلاثة شىء ومعه غيرها نظرت: فإن كان معه جلاهق وقسى بندق[3]، حمل على الجلاهق، وإن لم يكن إلا قسى[4] ندف أعطى منها واحدة، وإن لم يكن معه شىء أصلا وقد أضافها إلى ما معه بطلت، وهو المفهوم من قوله: لا يشترى، فإذا لم يكن معه واحد منها وقد قلنا: لا يشترى، فبمعلوم أنها تبطل.

[وقوله فى الحاوى: ومما له بعود اللهو إن كان وغير لا بطبل والقوس للنشاب لا من قسى ولم يكن، فيه أمور:

أحدها: قوله: يعود، لم يتعرض لما إذا لم يضف ولم يقل: من عيدانى وطبولى، وحكمها كما إذا قال كذلك وهى معه وغيرها.

---

(١) فى ط: يبطل بالعقد للعتق فيؤدى توريثه.
(٢) فى ط: عليها للعربية.
(٣) فى ط: وقياس نَدْفٍ.
(٤) فى ط: إلا قياس.

الثاني: قوله: والقوس للنشاب، وقد سبق كما ذكره الرافعي والنووي أنها للعربية والفارسية وقوس الحسبان.

الثالث: قوله: لا من قسي، ولم يكن يفهم منه إلا أنه إذا قال: أعطوه قوسًا من قسي ولم يكن معه قوس النشاب - أنها تبطل، وإن كان معها سائر أنواع القسي، وليس كذلك، بل إذا لم تكن معه الأقواس الثلاثة ومعه قوس بندق أو قوس ندف أعطيه - لم يقدم قوس البندق على قوس الندف، وقد اختصر هذا الموضع اختصارًا مخلًا][1].

وقوله: وتناول دابة فرسا وبغلا وحمارا، وثور وجمل، وحمار وكلب ذكرا وشاة وبعير غير عناق، وفصيل ورقيق الكل.

أى: وإذا أوصى له بداية وهى فى اللغة اسم لما يدب على الأرض، ويطلق فى العرف على الواحد من الخيل والبغال والحمير سواء الذكر والأنثى والكبير والصغير، فإذا قال: من دوابى والأجناس معه أعطاه الوارث ما شاء، وإن لم تكن معه الأجناس تعين ما معه، وإن لم يكن شيء بطلت، واسم الثور والجمل والحمار والكلب لا يقع إلا على الذكر، فلا يتناول الثور البقرة ولا الجمل الناقة ولا الحمار الأتان ولا الكلب الكلبة على الأصح، فإن قال: جمل من جمالى، ولم يكن فيها إلا[2] نياق، بطلت وصيته، واسم الشاة يتناول الذكر والأنثى من المعز والضأن، وكذلك البعير يتناول الناقة والجمل على الأصح، ولا يتناول اسم الشاة العناق ولا السخلة ولا الجمل والفصيل، ويتناول المعيب والسليم فى الكل، وأما الرقيق فيتناول الكل من العبد والأمة والصغير والكبير والسليم والمعيب والخنثى المشكل.

وقوله: وفقير مسكينا وعكسه ولهما بنصف كحملها[3]، وأتت بحيين وإلا فللحى[4].

أى: إذا أوصى للفقراء فصرف إليهم، أو إلى المساكين أجزأه، وكذلك عكسه؛ لأن كلا منهما يطلق عليه اسم الآخر، هذا إذا أوصى لأحدهم، أما إذا أوصى للفريقين معا، فلابد من أن يعطى كل فريق النصف، وإذا أوصى لحمل فلانة فولدت واحدا أخذ الكل، أو اثنين

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) فى ط: وليس له إلا.
(٣) فى متن «الإرشاد»: بنصف كلحمها.
(٤) زاد فى متن «الإرشاد»:
«وإن كان حملك ابنا فلا تحاده أو ذكرا أو غلامًا فلا تحاد الجنس أو بطنك فلابن، فإن تعدد تخير وارث».
وهو متن سقط فى ط، وكذا شرحه.

قسم بينهما نصفين أو ثلاثة قسم أثلاثًا، فإن ولدت حيًّا وميتًا أو حيًّا وميتين، أخذ الحى الكل، فإن ولدت ميتا فقط بطلت الوصية.

[**وقوله:** وإن كان حملك ابنا فلا تحاده أو ذكرًا أو غلاما فلا تحاد الجنس، أو بطنك فلابنٍ، فإن تعدد تخير وارثٌ.

أى: وإذا قال: إن كان حملك ابنًا فله ألف مثلاً، فليس للحمل شىء إلا إذا كان ابنًا واحدًا، فإن ولدت جارية أو ابنين أو ابنًا وجارية، فلا شىء له فتبطل الوصية.

وأما إذا قال: إذا كان حملك ذكرًا، فإن الذكر اسم لجنس الذكور، فيقع على الواحد والعدد، فإن ولدت أنثى أو ذكرًا وأنثى بطلت، فإن ولدت ذكرين أو أكثر، قسم بينهم، وكذلك لفظ الأنثى اسم لجنس الأنوثة يقع على الواحد والعدد، فيأتى التفصيل الذى فى الذكر والابن والغلام، فقيل: هما بمعنى، وقيل: الغلام كالذكر، وهذا الذى اختاره النووى من زياداته فى الروضة، وإن قال: إن كان فى بطنك غلام فله كذا، فإن المستحق، غلام مما فى بطنها، فإن ولدت غلامًا وجارية أو غلامين، فالمستحق الغلام فى الأولى، وأحدهما فى الثانية، فيتعين الوارث واحدًا منهما، وإن ولدت أنثى بطلت][(١)].

وقوله: وبأحد أرقائى وتلفوا، بطلت لابتعد بعد موت وتعين باقٍ قبله ومن عين وارث بعده.

أى: وإذا أوصى من له أرقاء بأحدهم فتلفوا، فلا يخلو أن يكون ذلك فى حياة الموصى أو بعد مماته، فإن تلفوا وهو حى بطلت سواء ماتوا أو قتلوا، وإن كان تلفهم بعد مماته نظرت: فإن كان بآفة سماوية بطلت، وإن كان بتعد بأن قتلوا أو ماتوا فى يد غاصب لم تبطل، بل ينتقل حق الموصى له إلى قيمة واحد يعينه الوارث، هذا إذا كان بعد القبول وكذا قبله على الأصح، فإن تلفوا إلا واحدًا نظرت: فإن كان ذلك قبل موت الموصى تعين للوصية، وإن كان بعده وبعد القبول وكذا قبله على الأصح، عين الوارثُ من يشاء حتى لو مات واحد منهم وعينه الوارث للوصية لزم الموصى له تجهيزه.

وقوله فى الحاوى: وأحد أرقائه وتلفوا، بطلت وبعده ينتقل إلى القيمة، وإن بقى واحد تعين، فيه أمران:

أحدهما: قوله: وبعده إلى القيمة، أى: إذا تلفوا بعد موت الموصى، وليس ذلك على

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

إطلاقه، بل ذلك إذا تلفوا تلفا مضمونًا، وإلا فإذا ماتوا بطلت سواء كان قبل موت الموصى أو بعده.

الثانى: قوله: وإن بقى واحد تعين، وليس على إطلاقه، بل ذلك إذا كان قبل موت الموصى، فإن كان بعد موته لم يتعين إلا من عينه الوارث، حتى لو لم يمت إلا واحد وعينه تعين كما قدمناه.

وقوله: وبأعتق رقابا فثلاثة ونقص لعجز ولا يبعض بخلاف أعتق.

أى: إذا قال الموصى لوصيه: أعتق بثلثى رقابا، فهذه صيغة جمع وأقله ثلاثة، فإن اتسع لأربع رقاب قليلة القيمة(١) ولثلاث مثمنة فالأربع أفضل، فإن اقتصر على النفائس جاز، وإن لم يتسع الثلاث فله أن ينقص ويأخذ الممكن بعد الحذر من النقص فليتجنب التشقيص بأخذ النفيس ونحوه، فإن فضل شىء بعد ذلك بطلت فيه الوصية، هذا إذا قال: أعتق أرقاء أو رقابا، فأما إذا قال: أعتق عنى بثلثى أو اصرفه فى العتق ولم يذكر الرقاب، فإن عليه أن يشترى بالفاضل بعض الرقبة، والفرق ظاهر.

وقوله: والجيران أربعون دارا من كل جهة.

أى: مما يليه من الجوانب الأربعة؛ للحديث: «حق الجوار أربعون هكذا وهكذا، وأشار قداما وخلفا ويمينا وشمالا»(٢)، قالوا: ويقسم على عدد الدور لا السكان.

وقوله: والقراء حفاظ القرآن، والعلماء محدث ومفسر وفقيه، وسبيل الله غزاة الزكاة والرقاب من كوتب.

أى: وإذا أوصى للقراء فلا يطلق هذا الاسم إلا على من حفظ كل القرآن لا من حفظ البعض ولا من يقرؤه ولا يحفظه، ولا يقع اسم العلماء إلا على أهل العلوم الشرعية، وهى الحديث والتفسير والفقه، وشرط المحدث معرفة طرق الأحاديث وأسانيدها وأسماء الرواة والمتون وأما السماع المجرد فليس بعلم، ولا يدخل فيه المقرئون ولا المعبرون والأدباء والأطباء والحساب والمنجمون وكذلك المتكلمون عند الأكثرين، وإن أوصى لسبيل الله حمل على الغزاة الذين يعطون الزكاة لا غيرهم. ولابد كما قال الرافعى: من التقييد بذلك، فليحمل إطلاق الحاوى عليه، وإن أوصى للرقاب فهم المكاتبون، ولا يشترى بهم رقابًا

---

(١) فى أ: فأقل القيم مثلًا.

(٢) أخرجه أبو داود فى المراسيل (ص/٢٥٧) برقم (٣٥٠) عن الزهرى مرسلا وأخرجه البيهقى (٦/ ٢٧٦) عن عائشة بإسنادين ضعيفين وقال: إنما يعرف من حديث ابن شهاب الزهرى عن النبى صلى الله عليه وسلم مرسلًا.

يعتقهم[١]، فإن رق مكاتب وقد أخذ استرد.

وقوله: ولزيدَ ولله، أو لزيد الكاتب والفقراء ناصفوه، كلزيد ومحصورين أو له[٢] وللفقراء - تعين لمتمول، أو له وجدار بطل نصف، أو والجدار فله متمول.

أى: إذا أوصى بشىء لزيد ولله تعالى، فالأصح أن النصف لزيد والنصف للفقراء؛ لأنها مصرف الحقوق المضافة إلى الله تعالى؛ قال الأسنوى: والباقى للفقراء، وقواه الرافعى فى الشرح الصغير، وقال: وأقواهما أن النصف لزيد والباقى للفقراء هذا لفظه قال: وصحح النووى فى أصل الروضة أنه يصرف إلى وجوب القرب وعبر بالأصح، وهو غريب؛ فإن سياق كلام الرافعى يقتضى أنه غير معروف فضلا عن تصحيحه؛ ولهذا لم يعده مع الأوجه، بل لم يحكه[٣] فى الشرح الصغير أصلا. انتهى.

وإن أوصى لزيد وجبريل أو الريح[٤] ونحوه بما لا يوصف بملك، فالنصف لزيد والنصف الآخر تبطل فيه الوصية.

وإن أوصى لزيد وللفقراء قال الشافعى رحمه الله تعالى: هو كأحدهم ولا يتعين له شىء، بل لو أعطى أقل متمول جاز، كما يجوز أن يعطاه أحد الفقراء، ولا يجوز [منعه كما يجوز][٥] منع غيره من الفقراء للتنصيص[٦] عليه، ويعطى وإن كان غنيا وإن وصفه بغير صفته كزيد الفقيه والفقراء أعطى النصف، وإن أوصى لزيد بدينار وللفقراء بثلث ماله، أعطى لزيد الدينار ولم يزد عليه وإن كان فقيرا، وقيل: بل يجوز أن يزاد إن كان فقيرا.

وقوله فى الحاوى: لزيد وللفقراء إلى قوله: النصف للفقراء، فيه أمور:

أحدها: أنه لم يذكر ما إذا وصف زيدا بوصف غير الفقراء كزيد الكاتب ونحوه وقرنه بالفقراء فإنه يعطى النصف.

الثانى: ما إذا ذكر مع زيد محصورين، كأولاد فلان، فإن لزيد النصف أيضا.

الثالث: أنه ذكر فيما إذا قرن بزيد من لايملك كجبريل والريح والجدار[٧] أنه يبطل النصف، ويأخذ زيد النصف، ولم يذكر ما إذا قرن به الملائكة والرياح والجدران، وهو

---

(١) فى ط: يقتصهم.
(٢) فى ط: ومحصور من أوّله.
(٣) فى ط: بل يحله.
(٤) فى ط: أن للريح.
(٥) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٦) فى ط: من التنصيص.
(٧) فى أ: والجراد.

حينئذ لا يتعين له النصف بل أقل متمول، والله أعلم.

وقوله: أقارب زيد ورحمه ولد أقرب قبيل من جهة أب أو أم ولوارثه لا أبواه وولد صلبه وكذا أقارب نفسه حتى وارثه.

أى: وإذا أوصى رجل لأقاربك ورحمك، فهم أولاد أقرب جد من أجدادك صار أصلا وقبيلة ينتسبون إليه، ويدخل فى القرابة قرابة الأم على الأصح كما يدخلون فى الرحم، وكل من يدلى بها من خال أو عم ونحوه، وقيل: إن كان غريبًا[1] لم يدخل فى القرابة من جهة الأم. ويدخل فى القرابة والرحم الذكر والأنثى، والغنى والفقير والقريب والبعيد والكافر والمسلم والوارث وغير الوارث، وإن لم يوجد إلا قريب واحد أعطى الكل؛ لأن المقصود جهة القرابة، وإن كانوا جماعة محصورين قسم بينهم بالسوية، ولا بد من استيعابهم، وإن كانوا غير محصورين فالوصية لهم كالوصية للعلوية، والأصح أنها تصح ويكتفى بثلاثة كالفقراء، ولا يدخل أبوك وولدك؛ لأن هؤلاء لا يسمون فى العرف قرابة، بل المعروف أن قرابة الإنسان من ينتمى إليه بواسطة ويدخل فى القرابة الأحفاد والأجداد. فإن كنت أنت الموصى لقرابتك ففى دخول ورثتك وجهان: الأصح الذى صححه الرافعى فى الشرح الصغير وقال: إنه أقوى الوجهين دخولهما، ورجحه فى المهمات، ولكنها تبطل فى نصيبهم؛ لامتناع إجازاتهم لأنفسهم.

[وقوله فى الحاوى: وأقارب زيد إلى قوله: لغير الوارث، فيه أمران:

أحدهما: أنه قطع بأنه من يدلى للأم لا يدخل فى وصية القريب، والأصح فى العزيز والروضة الذى قطع به العراقيون وقال: وهو ظاهر النص - دخولهم.

الثانى: قطع فيما إذا أوصى لقرابة نفسه أن ورثته لا يدخلون، والذى رجحه الرافعى فى الشرح الصغير وقال: إنه الأقوى ورجحه صاحب المهمات - دخولهم، لكن إذا دخلوا بطلت الوصية فى نصيبهم؛ لتعذر إجازتهم أنفسهم][2].

وقوله: وأقرب قريب فرع ثم أصل ثم أخوه ثم جدودة ثم عمومة وخئولة وقدم الأقرب وذو الأبوين.

أى: إذا أوصى رجل إلى أقرب الأقارب دخل فيه الفرع والأصل، واستشكل كيف يكون الشخص أقرب الأقارب ولا يكون من الأقارب؟ والجواب: أنا لا ننكر كونهم من الأقارب بل هم أخص من ذلك، فالعرف[3] يخرجهم بتلك الخصوصية من اسم الأقارب ولا

---

(١) فى ط: عربيًا.

(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٣) فى ط: والفرق.

يخرجهم من أقرب الأقارب، وإذا اجتمع الأصل والفرع قدم الفرع لقوة إرثه وعصوبته، وتقدم الأولاد على غيرهم، ثم يليها البطن الثانى ثم الثالث إلى حيث انتهوا، ويستوى أولاد البنين وأولاد البنات، ثم إذا عدم الأولاد وأولادهم، قدم الأبوان بالتسوية وبعدهم الإخوة، والأخوات [وأولاد الأب وأولاد الأم سواء ثم أولادهم الأقرب فالأقرب، وقدموا على الأجداد لقوة البنوة، ثم الأعمام][1] والعمات والأخوال والخالات بمنزلة واحدة، ولهذا عطف الخئولة بالواو، وقدم الأقرب من هؤلاء على ولده، ويقدم من يدلى بالأبوين على من يدلى بأحدهما لقوة القرابة.

وقوله: وملك كسبا ومهرا موصى له بمنافعه، لا ما ندر ويسافر به أمانة ويؤجر لا فى مؤقتة بموته، أو يبيع الوارث منه وكذا من غيره إن وقتت وعلم أو أوصى بنتاج.

أى: إذا أوصى بمنافع عين من أرض ودار وعبيد ونحوها، ملك المنافع الموصى له بعد الموت فيورث عنه، وله أن يؤجرها ويعيرها ويوصى بها، وكذا إذا أوصى بمنافعها مدة مقدرة، أما إذا قال: أوصيت لك بمنافعها مدة حياتك قالوا: فإن ذلك لا يكون تمليكا بل إباحة فليس له أن يؤجرها، وفى الإعارة تردد، وإذا مات الموصى له، رجع إلى ورثة الموصى[2] فى هذه الصورة، وإنما يملك كسبه المعتاد، وأما النادر كالهبة واللقطة فإنه لا يملكه على الأصح، بل هو للوارث، ويملك مهر الجارية الموصى له بمنافعها على الأصح، وللوارث أن يبيع العين الموصى بمنفعتها من الموصى له، ولا يجوز من غيره، نعم إن كانت الوصية مؤقتة بوقت معلوم، بأن أوصى بمنفعتها سنة مثلا فإنه يصح بيعها من الموصى له ومن غيره، وكذا إذا أوصى بنتاجها لشخص جاز بيعها مطلقا من ذلك الشخص ومن غيره؛ لأنه تبقى فيها منافع أخرى، وأما إذا أوصى له بمنافعها مدة حياته فإنه لا يصح بيعها إلا منه، وللموصى له المنفعة أن يسافر بالعين وتكون تحت يده أمانة، فإن تلفت لم يضمن.

وقوله فى الحاوى: وبالمنافع يملك كسب العبد إلى قوله: كالشاة الموصى بنتاجها، فيه أمور:

أحدها: أنه قطع بأن المهر للوارث، والأصح الذى ذهب إليه العراقيون بأسرهم وصاحب التهذيب وصححه فى المحرر والمنهاج ورجحه صاحب المهمات: أنه للموصى له بالمنفعة.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) فى ط: حرية الموصى.

الثانى: أنه قال: إن للوارث بيع العين الموصى بمنفعتها، إذا كانت الوصية مؤقتة من الموصى له ومن غيره، وهى لا يجوز بيعها من غيره، إلا إذا كانت مدة التوقيت معلومة، فإن وقتت بحياة الموصى له فإنه [لا](١) يصح بيعها.

الثالث: قوله: كالشاة الموصى بنتاجها، وقد يتوهم أنه يريد أن فيها هذا التفصيل، ولم يرد ذلك، بل أراد أنه يجوز بيعها منه ومن غيره، وإن كان اللفظ قد لا يعطى ذلك.

الرابع: أنه أطلق للموصى له جواز الإجارة، وهو كذلك إلا إذا كانت المدة مقدرة بموت الموصى له، فإنه لا يجوز له أن يؤجرها؛ لأنه لا يملك المنفعة بل هى مباحة.

وقوله: ويقتص ويؤخذ ببدله مثله وإن جنى فبيع بطلت لا إن فدى وولدها كهى.

أى: وللوارث أن يقتص إذا قتل العبد الموصى بمنفعته ويبطل حق الموصى له بذلك، وإن عفا على مال اشترى به عبدا مثله وتكون منفعته للموصى له، وإن جنى العبد فبيع فى الجناية، بطل حق الموصى له، وإن فدى بقى حقه على حاله سواء فدياه معًا أو فداه أحدهما، وإن نتجت البهيمة أو الجارية الموصى بمنفعتها، فالأصح أن لولدها حكمها يبقى ملكًا للورثة ومنافعه للموصى له.

وقوله: ويحسب من الثلث قيمة العين ونقصها إن وقتت.

أى: والعين الموصى بمنفعتها مطلقا تحسب قيمتها كلها من الثلث، ولايقال: تحسب المنافع خاصة، وكذلك الموصى بمنفعتها مدة حياته، كما قالوا: إن المؤجل تحسب قيمتها كلها من الثلث؛ لأنه حال بين الوارث والعين والحيلولة كالإتلاف، ألا ترى أن الغاصب كيف يضمنه بهما؟! وإن وقتت الوصية بمدة معلومة قومت الرقبة مع منافعها، ثم تقوم مسلوبة المنفعة تلك المدة، ويحسب النقص من الثلث.

وقوله: وحج من ميقات لا إن عين، ومن الأصل فرضه، وسائر الواجبات، فإن قال: من الثلث زاحمت الوصايا.

أى: ويحسب من الثلث قيمة العين والحج، وأراد به حج التطوع إذا أوصى به؛ لأن الصحيح جواز النيابة فيه، فإذا أوصى به كان من الثلث كسائر التطوعات، ويكون من الميقات عند الإطلاق، فإن عين ميقاتا أبعد منه كان الإحرام منه، وأما حجة الإسلام فإنها من أصل المال، وكذا سائر ما لزمه من الواجبات فيقضى من ماله وإن لم يوص به كالزكاة، والدين والذى لزمه بالنذر(٢) من حج وصدقة وكفارة يمين أو ظهار أو قتل أو إفساد ونحوه،

---

(١) سقط فى ط.

(٢) فى ط: من النذر.

فكله يحسب من الأصل لا من الثلث، فإن قال: من عليه دين أو حج أو زكاة أو غيره أدوا ذلك عنى من ثلثى زاحم الوصايا وكأنه قصد الرفق بالورثة وتوفير الثلثين لهم، فإن وفى الثلث بالدين والوصايا فذاك، وإلا قسم بالحصة وكمل الحج والدين من الأصل، وحينئذ تدور المسألة؛ لأن معرفة ما يكمل به تتوقف على معرفة ثلث الباقى ليعرف قد (حصة الحج منه، ومعرفته يتوقف على معرفة ما يكمل به، فإذا خلف ثلاثمائة وأوصى من ثلثه بدين أو بفرض حج، ووصى لشخص مائة، وأجرة الحج أو دينه بمائة ما فالذى يكمل به حصة الحج شىء فيقدره[1] يبقى ثلاثمائة إلا شيئا ثلثها مائة إلا ثلث شىء يقسم بين الدين والموصى له نصفين، فنصيب الحج أو الدين خمسون إلا سدس شىء يضم إليه الشىء المقدر فيبلغ خمسين وخمسة أسداس شىء، وذلك يعدل مائة وهى تمام الأجرة، فتسقط الخمسين من المائة بالخمسين من معادلها يبقى خمسة أسداس شىء فى مقابلة الخمسين الباقية، فإذا كانت خمسة أسداس الشىء خمسين كان الشىء ستين فعرفنا أن ما قررنا[2] ستون، فيأخذ ثلث الباقى بعد الستين وهو ثمانون، فيقسمه بين الوصيتين لكل أربعون والأربعون مع ستين تمام المائة.

وقوله: ويؤدى منه حج لازم وكفارة مالية، لا أجنبى عتق تخيير.

أى: وإذا كان فى ذمة ميت حجة الإسلام أو حجة منذورة أو حجة لازمة بإفساد، جاز لكل من الوارث وغيره أن يحج عنه من مال نفسه وإن لم يوص كما يقضى عنه دينه، وأما حج التطوع فقد بيناه فى الحج أنه إن لم يوص به لم يحج عنه، ويؤدى عنه كفارته المالية الوارث مطلقا سواء كانت عتقا أو غيره؛ لأنه نائبه شرعا فإعتاقه كإعتاقه ويكون الولاء للميت، وكذا للأجنبى أن يكفر عنه فى مال نفسه فى غير العتق، وأما العتق فإن كان فى كفارة ذات تخيير لم يجز له أن يعتق عنه على الصحيح لعسر إثبات الولاء للميت، وكذا للأجنبى أن يكفر عنه، وإن كان فى مرتبة فالأصح جواز إعتاقه عنه للضرورة، وليس لغير الوارث أن يؤدى عنه الكفارة بالصوم، لامتناع النيابة فى العبادات البدنية إلا فيما جوز فى ذلك للولى، ومأذونه.

وقوله فى الحاوى: ويؤدى حجه وكفارته المالية لا الأجنبى العتق، فيه أمران:

أحدهما: اعترضه ابن النحوى[3] والقونوى وقالا: إن مقتضى إطلاقه أن يؤدى عنه أيضًا حج التطوع له، وإن لم يوص به، قال القونوى: وقد يوافقه قوله فى الحج ومن شاء

---

(١) فى ط: فبفرزه.

(٢) فى ط: ما أفرزناه.

(٣) فى ط: قال به ابن النحوى.

لميت، وقال: والذى نقله الرافعى عن إطلاق العراقيين المنع وإن لم يوص به، قال: فعلى هذا يمكن أن يخصص قول المصنف بالحج الذى ثبت وجوبه عليه، والإضافة فى قوله: حجة قد يشعر بذلك.

الثانى: قوله: لا الأجنبى العتق اعترضه ابن النحوى خاصة، وقال: هذا فى الكفارة المخيرة لعسر إثبات الولاء للميت بخلاف المرتبة للضرورة كما صححه الرافعى فى كتاب الأيمان، وكذا قال فى المهمات: لو كانت مرتبة صح الإعتاق من الأجنبى على الأصح، كذا ذكره فى أصل الروضة فى كتاب الأيمان.

وقوله: ونفع ميتا دعاء وصدقة، لا صوم تطوع وصلاة.

أى: وكما ينفعه أن يحج عنه وأن يكفر عنه ينفعه أيضًا الدعاء له؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعۡدِهِمۡ يَقُولُونَ رَبَّنَا ٱغۡفِرۡ لَنَا وَلِإِخۡوَٰنِنَا ٱلَّذِينَ سَبَقُونَا بِٱلۡإِيمَٰنِ﴾ الآية [الحشر: ١٠]، والصدقة عن الميت تنفعه أيضا؛ للحديث أن رجلاً قال للنبى ﷺ: «إن أبى مات وترك مالا ولم يوص فهل يكفر عنه أن أتصدق عنه؟ قال: نعم»[(١)]، قال الشافعى رحمه الله تعالى: وفى وسع الله تعالى أن يثيب المتصدق أيضا، قال الأصحاب: يستحب أن ينوى المتصدق بصدقته الصدقة عن أبويه، فإن الله يثيبهما فلا ينقص من أجره شيئا، وكذلك لو غرس شجرة أو حفر بئرا أو وقف شيئا عن الميت نفعه، وأما الصلاة عن الميت وتطوع الصوم عنه فإنه لا ينفعه، وكذا قراءة القرآن على المشهور من مذهب الشافعى رحمه الله تعالى، وجوز القاضى حسين الاستئجار للقراءة على القبر، قال الرافعى: الوجه تنزيل الاستئجار على انتفاع الميت بالقراءة، فقيل: لأنه يعقبها الدعاء، وقيل: لأنه إذا قرأ ثم جعل ما حصل من الأجر له كان دعاء له لحصول ذلك الأجر، وقيل: لأن الرحمة تنزل حيث يقرأ القرآن فينتفع بحصول الرحمة عنده، قال القاضى أبوالطيب: يرجى للميت الرحمة وحصول البركة إذا أهدى القارئ الثواب إليه.

وقوله: وتعين لها باقى موصى بثلثه استحق ثلثاه.

أى: إذا أوصى بثلث عين فاستحق ثلثاه فهل يتعين الثلث الباقى للوصية، أم يقال: هى مشاعة فى الجميع فقد استحق ثلثاه، الأصح: أنها تتعين فى الثلث الباقى، فإن خرج كله من الثلث أخذه كله، وإلا فلا يخفى أنه يأخذ منه ما يخرج من الثلث.

وقوله: وبحظ ونصيب وجزء وثلث إلا شيئا متمولاً.

أى: ولو أوصى له بحظ أو بما ذكر فالموصى به فسره به الورثة ولو كان أقل متمول؛

(١) أخرجه مسلم (١١/ ١٦٣٠) والنسائى (٦/ ٢٥٢).

لأن هذه الألفاظ تقع على القليل والكثير، فإذا قال: أعطوه ثلث مالى إلا شيئا وفسروه بأقل متمول جاز؛ لأن الشىء يقع على القليل والكثير، ولو قال: أعطوه كثيرًا أو عظيما من مالى فكذلك كما فى الإقرار، نعم إن قال الموصى له: أراد أكثر وسأل تحليف الوارث، حلف أنه لا يعلم أنه أراد أكثر من ذلك.

وقوله: وبنصيب ابنى فرض ابنا زائدا ويضعفه[1] ابنين وضعفيه ثلاثة وبنصيب وارث أقلهم.

أى: ولو قال: أوصيت له بنصيب ابنى أو بنصيب ابن، فالأصح أنه كما لو أوصى له بمثل نصيب ابنه، فتصح الوصية إن كان له ابن وارث وإلا بطلت، فإذا صححنا الوصية فإنا نفرض الموصى له ابنا زائدا فى الورثة فيعطى مثل ما يعطى واحد من البنين إن كانوا جماعة، أو مثل نصيب الابن الواحد إن لم يكن له غيره.

وإن أوصى له بضعف نصيب ابنه، فإنا نفرض الموصى له ابنين زائدين، وإن أوصى بضعفى نصيب ابن فإنا نفرض الموصى له ثلاثة بنين، وإن أوصى له بثلاثة أضعافه فنفرضه أربعة بنين، وإن كان له ابن واحد فللموصى له فى الأولى النصف وفى الثانية الثلثان وفى الثالثة ثلاثة أرباع وفى الرابعة أربعة أخماس، فإن كان له ابنان فالوصية فى الأولى بالثلث، وفى الثانية بالنصف، وفى الثالثة بثلاثة أخماس المال، وفى الرابعة بأربعة أسداسه وعلى هذا القياس، ولا يخفى أن للورثة رد ما زاد على الثلث وأن لهم أن يجيزوا فى الجميع، وإن أوصى له بنصيب وارث جعل الموصى له كأقلهم نصيبا، ويكون زائدا على الأنصباء، فإن خلف ابنا وزوجة فالوصية بالتسع؛ لأن المال كان يقسم من ثمانية أسهم فالأقل نصيب الزوجة وهو الثمن فإن زادت مثله لزم العول، فسبعة للابن وواحد للزوجة وواحد للوصية، وإنما جعل الأقل لأنه لزم يقينا وما سواه محتمل.

وقوله: وإن مات مريض أعتق ثلاثة هم ماله وكل بمائة وقد كسب واحد مائة وخرجت القرعة له تبعه كسبه، أو لغيره عتق وأعيدت فإن خرجت لغيره عتق ثلثه، أو له فربعه وتبعه ربع كسبه.

أى: إذا أعتق المريض ثلاثة أعبد لا يملك غيرهم وتساووا فى القيمة فكانت قيمة كل واحد مائة مثلاً، ثم كسب أحدهم مائة أيضًا فى حياة معتقه، فقد علم أن العتق نفذ فى أحدهم من حينئذ، ولكن معرفته متوقفة على القرعة، فيقرع بينهم بسهم عتق وسهمى رق، فإن خرجت قرعة العتق للكاسب فهو الحر وتبعه كسبه؛ لأنه اكتسبه وهو حر، وإن خرجت

---

(١) فى متن «الإرشاد»: وبضعفه.

لغيره، حكمنا بعتقه وأعيدت، فإن خرجت لغير الكاسب أيضا حكمنا بعتق ثلثه؛ لأن المال أربعمائة بكسب العبد، وإن خرجت للكاسب فى المرة الثانية حصل الدور؛ لأنه لا يعرف ما يعتق منه حتى يعرف ما يبقى من كسبه للورثة، ولا يعرف ذلك إلا بمعرفة قدر ما يعتق فيقال: يعتق منه شيء ويتبعه مثله من كسبه فيخرج من أربعمائة بالقرعة الأولى مائة وشيئان بالثانية، فيبقى الإرث ثلاثمائة إلا شيئين، وما عتق مائة وشيء؛ إذ ليس الشيء الثانى مما عتق بل تابع له، وينبغى أن يكون الباقى للورثة مثلى ما فات بالعتق[1] فيكون ثلاثمائة إلا شيئين يعادل مثلى مائة وشيء، وذلك مائتان وشيئان، فإذا أجبرنا وقابلنا عدلت ثلاثمائة مائتين وأربعة أشياء، فيسقط مائتين من كل جانب، تبقى مائة معادلة لأربعة أشياء، فعلمنا أن الشيء ربع المائة فيعتق ربع الكاسب ويتبعه ربع كسبه، يبقى للورثة ثلاثة أرباع كسبه والعبد الآخر وذلك مائتان وخمسون وهو ضعف الفائت الذى هو مائه وخمسة وعشرون.

وقوله: والمعلقة تبطل بما يتضمن الرجوع كهو لوارثى لا تركتى وكبيع ورهن وعرض عليه وإذن فيه وتدبير وبناء وغرس لا زرع لأرض وكحشو بقطن وخلط بر ببر، ومشاعه بأجود.

أى: وتبطل الوصية المعلقة بكل ما يتضمن الرجوع من لوازمه سواء كان تعليقا فى الصحة أو فى مرض الموت، وأما المنجزة وهو ما وهب له أو حابى به فلا يصح الرجوع فيه بعد القبض، وقد علم أن المعلقة هى المعلقة بالموت، والذى يحصل به الرجوع يكون قولا كرجعت فى الوصية وأبطلتها ونقضتها؛ كقوله: هو لوارثى، فإذا أوصى بشيء ثم قال بعد: هو لوارثى، علمنا أن قصده الرجوع، ولا تبطل بقوله: هو تركتى؛ لأن الموصى به هو المسمى تركة وتبطل بالبيع والإعتاق والوقف والكتابة والإصداق، والأصح أن الرهن والهبة قبل القبض كالبيع وكذلك العرض على البيع وعلى الرهن والهبة والإذن فيها للوكيل مما يشعر بالرجوع على الأصح، وإذا أوصى له بعبد فدبره بطلت الوصية لتضمنه الرجوع، وكذا إذا علق عتقه بصفة غير الموت، وإذا أوصى له بأرض ثم غرسها أو بنى فيها بطلت الوصية بخلاف ما إذا زرعها؛ لأنه لا يراد للدوام، أو بقطن فحشى به فراشا أو ببر معين فخلطه ببر آخر، أو أوصى له ببر مشاع كما إذا أوصى له بربع صبرة أو بصاع من صبرة، فخلط بالصبرة برا أجود، فكل هذا يشعر بالرجوع عن الوصية، وإن خلط الصبرة ببر مثل برها أو أردأ[2] لم تبطل.

---

(١) فى ط: مائه بالعتق.
(٢) فى ط: أو ردىء.

وقوله: وبإحبال وفى منفعة بإجارة مدتها.

أى: وتبطل الوصية بحق أقوى كالإحبال، فإن حق المستولدة أقوى من حق الموصى له، وكإجارة بقيت مدة الوصية فيما إذا أوصى له بمنفعة داره سنة مثلاً، وإن لم يعين السنة الأولى على الأصح؛ لأن له أن يؤجرها فى حياته ولا يكون رجوعا.

ثم إن مات نظرت: فإن بقيت مدة الإجارة حتى استغرقت السنة بطلت أو استقرت بعضها بطل فيه وحده، ولما كان الإحبال والإجارة لا يصدق على فاعلها أنه قصد التصرف والرجوع عن الوصية، فإن القول والفعل حينئذ غير مؤثرين؛ لأن الصحيح أن الوطء بالإنزال ليس برجوع وكذلك عقد الإجارة، ولكنه لما مات الموصى وتزاحم الحقان دفع الأقوى الأضعف.

[وقوله فى الحاوى: ويرجع عن تبرع علق بالموت بمناف وفعل أقوى ومقدمته كلوارثى وإيجاب الرهن والعرض على البيع والإذن فيه والوطء بالإنزال وإجارة تبقى مدة الوصية، فيه أمور:

أحدها: قوله: ويرجع، لو قال موضعها: وتبطل، لكان أولى؛ لأنه عدد فيما يكون رجوعًا انهدام الدار وطحن الأجنبى البر ونحوه.

الثانى: قوله: عن تبرع علق بالموت، دخل فيه التدبير، وهو لا يرجع فيه بجميع ما ذكر، وإن كان يجوز الرجوع فيه بأشياء مخصوصة.

الثالث: قوله: بمناف وفعل أقوى ومقدمته كلوارثى، إن أراد بمناف ألفاظ الرجوع كرجعت ونقضت الوصية، فليس قوله: كلوارثى منه، قال فى العزيز والروضة: ومعلوم أن قوله: هو لوارثى غير موضوع للرجوع، لكن عده مما يتضمن الرجوع وإن أراد ما يشعر بالرجوع، فقد يستغنى به عن فعل أقوى؛ لأن القونوى عد الفعل الأقوى كالاستيلاد وطحن الحنطة والوطء بالإنزال عند صاحب الحاوى يبطل الوصية؛ لأنهم عللوه بأن الظاهر أنه أراد الاستيلاد والتسرى، وإذا كان كذلك فهو مما يشعر بالرجوع. وأما الحنطة فإن طحنها الموصى فالظاهر أنه أراد الرجوع بالطحن فيدخل فى قوله: مناف على هذا المعنى، وإن طحنه أجنبى فليس بداخل فى قوله: ويرجع بفعل أقوى؛ لأن فعل الأجنبى لا يكون رجوعًا منه، وقد علل الشافعى رحمه الله الطحن ونحوه بأنه يبطل به اسم الموصى به، فهذا التعليل يشمل فعله وفعل غيره.

الرابع: قوله: والعرض على البيع، بعد قوله: وإيجاب الرهن، قد يوهم أن العرض على الرهن والإذن فيه لا يبطل البيع، وهو وجه والأصح خلافه، قال فى الروضة: فرع

التوسل إلى أمر يحصل به الرجوع كالعرض على البيع والرهن والهبة ورجوع على الأصح.

الخامس: قوله: والوطء بالإنزال، عده مما يتضمن الرجوع، والذى عليه الأكثرون أن ذلك ليس برجوع، ذكره فى العزيز والروضة.

السادس: قوله: وإجارة تبقى مدة الوصية، يوهم أنه إذا عقد الإجارة بهذه الصفة، كان ذلك رجوعًا؛ لأنه متعلق بقوله: يرجع، وليس كذلك بل تبطل الوصية ما لم يستغرق مدتها الإجارة، وإن استغرقت بعضها بطلت فيه، فلو قال: وبقاء الإجارة مدة الوصية][1].

وقوله: ومزيل اسم كهدمه لا بغير فعله لعرصة وكطحن وعجن وفت خبز وتفصيل ثوب.

أى: وتبطل الوصية بكل مزيل للاسم كما إذا أوصى له بدار فهدمها فإن هدمها يزيل اسم الدار ويؤذن بقصد الرجوع، وإن انهدمت بآفة سماوية أو بفعل أجنبى بطلت فيها ولم تبطل فى العرصة؛ لأنه لم يوجد منه ما يدل على الرجوع، وزوال الاسم إنما يقع على الدار لا على العرصة التى دخلت فى الوصية واسمها عرصة فى الحالين، وإن انهدم بعض لا يزول به اسم الدار لم تبطل فى القائم وفى النقض[2] وجهان، إن أوصى له ببر ثم طحنه وبدقيق عجنه أو بخبز ففته أو بثوب ففصل قميصا أو غيره بطلت الوصية، فهى لمعنيين: أحدهما: الإشعار بقصد الرجوع، والثانى: رجوع لزوال الاسم، وإن طحنه غيره، أو عجنه أو فصله فالأصح بطلانها لزوال الاسم.

وقوله: لا بإنكار ونقل وتجفيف رطب وتزويج ووطء، وبيع موص بالثلث ماله.

أى: ولا تبطل الوصية بإنكارها، هذا الذى صححه الرافعى والنووى فى الروضة فى باب التدبير بعد البسط فى المسألة، وإن كان فى باب الوصية قد خالفه وقال: هو رجوع على ما مر فى جحد الوكالة وهو صريح فى الفرق بين أن يكون لغرض ودونه كما تقرر فى الوكالة، وحذف فى الروضة قوله كما تقرر فى الوكالة أعنى فى باب الوصية، ولا تبطل بنقل الموصى به من بلد إلى بلد؛ لأن ذلك لا دليل فيه على قصد الرجوع، وتجفيف الرطب الموصى به زيادة فى صيانته، وكذلك تقديد اللحم فلا تبطل به، وتزويج الموصى به كذلك لا يبطلها سواء كان عبدا أو أمة وكذلك وطء الأمة لا تبطل الوصية فيها سواء أنزل معها أم لا، وقيل: يبطل إذا أنزل والصحيح عند الأكثرين كما فى الروضة والعزيز الأول، وكذلك لبس الثوب وغسله، وأما قصره فرجوع على الأصح، ولو أوصى بثلث ماله على التعيين

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) فى أ: البعض.

فتلف ماله أو باعه كله لم تبطل الوصية؛ لأن المعتبر ماله عند الموت ما زاد أو نقص.

وقوله: والوصية لعمرو بعد زيد تشريك وبما أوصى به لزيد رجوع.

أى: إذا أوصى لزيد بمال معين ثم أوصى به لعمرو، فقد قيل: إن الثانية توجب الرجوع وجعلها للثانى، والصحيح أنهما يشتركان فيه، أما إذا قال: أوصيت لعمرو بالذى أوصيت به لزيد، فيتضمن الرجوع عنها فى حق زيد وتصير لعمرو.

الإيصاء[1]

وقوله: فصل: صح إيصاء وإن علق ووقت أو أشار به لعجز، من حر مكلف لإيصال وصية وحق ومن ولى أو وصية عنه، بإذن على نحو طفل لا وجدّه حى فيلى به المال فقط ومطلقه لغو.

أى: ويصح الإيصاء منجزا كان كأوصيت إليك فى أمر أطفالى أو معلقا كإذا مت فقد أوصيت إليك، ويصح مؤقتا كأوصيت إليك سنة أو إلى أن يبلغ ولدى؛ لأن الوصية كالولاية وقد أمر النبى ﷺ زيدا على سرية، وقال: «إن أصيب زيد فجعفر، وإن أصيب جعفر فعبد الله بن رواحة»[2].

وتصح بالإشارة عند العجز إذا اعتقل لسانه وفهمت عنه كما تصح من الأخرس.

---

(١) الإيصاء فى اللغة - كما سبق -: مصدر أوصى، يقال: أوصى فلان بكذا يوصى إيصاء، والاسم الوصاية - بفتح الواو وكسرها - وهو: أن يعهد إلى غيره فى القيام بأمر من الأمور، سواء أكان القيام بذلك الأمر فى حال حياة الطالب أم كان بعد وفاته. وفى المغرب: أوصى زيد لعمر بكذا إيصاء، وقد وصى به توصية، والوصية والوصاة اسمان فى معنى المصدر، ومنه ﴿مِّنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ تُوصُونَ بِهَآ﴾ والوصاية بالكسر مصدر الوصى. وقيل: الإيصاء: طلب الشىء من غيره ليفعله على غيب منه حال حياته أو بعد وفاته، أما فى اصطلاح الفقهاء، فالإيصاء بمعنى الوصية، وعند بعضهم هو أخص من ذلك، فهو إقامة الإنسان غيره مقامه بعد وفاته فى تصرف من التصرفات، أو فى تدبير شئون أولاده الصغار ورعايتهم، وذلك الشخص المقام يسمى الوصى.
ويرى الحنفية والشافعية: أن الوصية أعم من الإيصاء، فهى عندهم، تصدق على التمليك المضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، وتصدق على الإيصاء، وهو طلب شىء من غيره ليفعله بعد وفاته، كقضاء ديونه وتزويج بناته. ويرى المالكية وبعض الحنابلة: أن الوصية والإيصاء بمعنى واحد. فقد عرفها المالكية بأنها: عقد يوجب حقا فى ثلث مال العاقد يلزم بموته، أو يوجب نيابة عنه بعد موته وعرفها بعض الحنابلة: بأنها الأمر بالتصرف بعد الموت، أو التبرع بالمال بعده. فكل من هذين التعريفين يفيد أن الوصية قد تكون بالتبرع بالمال بعد الموت، وقد تكون بإقامة الموصى غيره مقام نفسه فى أمر من الأمور بعد وفاته، فهى شاملة لكل منهما على السواء، فكلاهما يطلق عليه اسم الوصية.

(٢) أخرجه البخارى (٤٢٦١).

ثم إن كانت الوصية بإيصال الحقوق إلى أربابها، كقضاء الديون ورد الودائع والمغصوب وصرف المال الموصى به، كفى أن يكون الوصى حرا مكلفا، وأما الموصى بالأطفال [والجد حى][(١)]، فيشترط أن يكون له عليهم ولاية أصلية كالأب والجد، وليس للأب أن يوصى بالطفل والجد حى؛ لأن الولاية الأصلية تنتقل إليه، ويجوز أن يوصى فى قضاء الدين إلى غير الجد، وكما تصح الولاية على الطفل من الأب والجد تصح ممن أذنا له أن يوصى عنهما، فإن أذنا للوصى فى ذلك فأوصى عن نفسه لم تصح، وإذا قال: أوصيت لك فى أمر أطفالى، فالأصح أنه يملك بذلك التصرف فى أموالهم فقط، وحفظها، وقيل: لا يملك التصرف إلا بصريح الإذن فى التصرف بالمال، ولا يلى الوصى إلا التصرف فى المال فقط فلا يلى تزويجهم لأنه لا يعير بدخول الدنى فى نسب الأطفال، فيزوجهم السلطان عند عدم الولى.

فإذا قال: أنت وصيى وأطلق لغا، ولا يصح الإيصاء فى محرم، كبناء الكنائس وكتب التوراة.

وقوله فى الحاوى: ويصح إيصاء الحر[(٢)] إلى قوله: والمطلق للحفظ، فيه أمور:

---

(١) سقط فى أ.

(٢) الأصل فى الإيصاء إلى الغير أنه لا يصح، وذلك لأن صحة التصرف تتوقف على الولاية عليه ممن صدر عنه، والموصى تنتهى ولايته بالموت، إلا أن الشرع أجازه استثناء من هذا الأصل، وذلك لما روى أن الصحابة رضى الله تعالى عنهم كان يوصى بعضهم إلى بعض، من غير إنكار على أحد منهم فى ذلك، فاعتبر هذا إجماعا منهم على الجواز. روى سفيان بن عيينة عن هشام بن عروة قال: أوصى إلى الزبير سبعة من الصحابة، منهم عثمان، والمقداد، وعبد الرحمن بن عوف، ومطيع ابن الأسود. وروى عن أبى عبيدة أنه لما عبر الفرات أوصى إلى عمر. وروى أن ابن مسعود قد أوصى فكتب: إن حدث بى حادث الموت من مرضى هذا، فمرجع وصيتى إلى الله سبحانه، ثم إلى الزبير ابن العوام وابنه عبد الله. ولأن الإيصاء وكالة وأمانة فأشبه الوديعة، والوكالة فى الحياة، وكلاهما جائز، فكذلك الإيصاء.

وأما الإيصاء بالنسبة للموصى يكون واجبا عليه إذا كان برد المظالم، وقضاء الديون المجهولة، أو التى يعجز عنها فى الحال؛ لأن أداءها واجب، والإيصاء هو الوسيلة لأدائه، فيكون واجبا مثله. وكذلك الإيصاء على الأولاد الصغار ومن فى حكمهم إذا خيف عليهم الضياع؛ لأن فى هذا الإيصاء صيانة لهم من الضياع، وصيانة الصغار من الضياع واجبة بلا خلاف؛ لحديث: «كفى بالمرء إثما أن يضيع من يعول». أما الإيصاء بقضاء الدين المعلوم، ورد المظالم المعلومة، وتنفيذ الوصايا إن كانت، والنظر فى أمر الأولاد الصغار ومن فى حكمهم الذين لا يخشى عليهم الضياع، فهو سنة أو مستحب باتفاق الفقهاء، تأسيا بالسلف الصالح فى ذلك، حيث كان يوصى بعضهم إلى بعض، كما تقدم. هذا هو حكم الإيصاء بالنسبة للموصى. أما بالنسبة للوصى، فإنه إذا أوصى إليه أحد جاز له قبول الوصية، إذا كانت له قدرة على القيام بما أوصى إليه فيه، ووثق من نفسه أداءه على الوجه المطلوب؛ لأن الصحابة رضى الله تعالى عنهم كان بعضهم يوصى إلى بعض، =

أحدها: قوله: والوصى بإذنه، أراد أن كون الوصية من الموصى بإذن من أوصى إليه، وأن يقصد بها النيابة عنه، بل لا يصح الإيصاء حتى يقول له: أوص عنى على الأصح، فإن أوصى عن نفسه لم يصح على الأصح، كما ذكره فى العزيز والروضة.

الثانى: قوله: على الطفل، لا يختص بالطفل، بل كل من له عليه ولاية من مجنون وسفيه كذلك.

الثالث: قوله: فى تصرف مالى، مقتضاه - وهو ما ذكره الشارحون-: أنه لا يجوز للمتصرف أن يقول فى أمر أطفالى حتى يصرح [بالإيصاء فى التصرف فى المال، والأصح فى العزيز والروضة أن له التصرف والحفظ وإن لم يصرح][1] بذكر المال.

الرابع: قوله: والمطلق للحفظ، وكأنه [أراد بالمطلق الوصية فى أمر الأطفال][2]، دون التصريح بأن يتصرف فى المال، وهو وجه، وقد بينا أن الأصح خلافه والمطلق على الحقيقة قوله: أنت وصى[3] وهو لاغ كما نصوا.

وقوله: إلى كاف أهل شهادة عليه، لدى موت موص ولو أعمى وإلى ذمى من ذمى وأم أولى.

أى: يصح الإيصاء إلى كاف غير عاجز عنه لسفه وهرم ونحوه، ويشترط أن يكون مكلفا، ويشترط أن يكون حرا لا رق فيه مسلما إن كان الموصى مسلما، وأن يكون عدلا فلا يصح إلى صبى وفاسق ولا من لا مروءة له، وألا يكون عدوا للطفل وذلك يجمعه كاف أهل شهادة عليه، ولا يضر كون الوصى أعمى على الأصح، وهذه الشروط تعتبر عند موت الموصى على الأصح، فعلى هذا لو أوصى إلى غير كامل فكمل عند الموت صح الإيصاء.

ويصح الإيصاء من ذمى إلى ذمى إذا كان عدلا فى دينه، وأما إيصاء الذمى إلى المسلم بطفله فصحيح داخل فى قوله: أهل شهادة عليه، فتقديره: صح إيصاء أهل شهادة عليه،

= فيقبلون الوصية، فقد روى أن عبد الله بن عمر كان وصيا لرجل، وكان الزبير بن العوام وصيا لسبعة من الصحابة. وقياس مذهب أحمد أن ترك الدخول فى الوصية أولى؛ لما فيه من الخطر، وهو لا يعدل بالسلامة شيئا، ولذلك كان يرى ترك الالتقاط، وترك الإحرام من قبل الميقات أفضل؛ تحريا للسلامة واجتنابا للخطر، ويدل على ذلك، ما رواه مسلم «أن النبى قال لأبى ذر: إنى أراك ضعيفا، وإنى أحب لك ما أحب لنفسى، فلا تأمرن على اثنين، ولا تولين مال يتيم». وفى رد المحتار: أنه لا ينبغى للوصى أن يقبل الوصاية؛ لأنها على خطر، وعن أبى يوسف: الدخول فيها أول مرة غلط، والثانية خيانة، والثالثة سرقة. وعن الحسن: لا يقدر الوصى أن يعدل ولو كان عمر بن الخطاب. وقال أبو مطيع: ما رأيت فى مدة قضائى عشرين سنة من يعدل فى مال ابن أخيه.

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) فى ط: أراد المطلق فى أمر الأطفال.

(٣) فى ط: وصية.

وإلى ذمى من ذمى، وإذا وجدت شروط الإيصاء فى الأم فهى أولى للشفقة.

وقوله: وإلى اثنين فلتعاون فيفوض[(١)] بمن مات لا إن نهى وكذا بمن رد لا إن رتب والقابل غير مضموم.

أى: إذا أوصى لاثنين نظرت: فإن قال: كل منكما وصى لى أو وصيت إليكما أو إلى كل منكما ونحوه مما يفهم معناه فمقتضاه الاستقلال [لكل منهما بالتصرف، فمن تصرف منهما نفذ تصرفه، أما إذا قال: أوصيت لزيد وعمرو أو إليكما واقتصر عليه، كان هذا للتعاون والاجتماع ولا يجوز لكل منهما الاستقلال - صح][(٢)]، كما لو صرح بشرط الاجتماع حتى لو انفرد أحدهما بالتصرف أو الإنفاق على الطفل ضمن، وليس المراد من اجتماعهما تلفظهما بالعقود مقابل المراد صدورهما عن أيهما، فيباشر أحدهما بمشاورة[(٣)] الآخر، أو يأذنا لثالث، وإن مات أحدهما نصب الحاكم مكانه آخر، سواء كانت الوصية إليهما معا كأوصيت إليكما أو مرتبة بأن أوصى إلى زيد ثم إلى عمرو، فإنهما يشتركان ولا ينعزل زيد إلا إن قال: الذى أوصيت به إلى زيد أوصيت به إلى عمرو، فإن قبل الوصية واحد ورد آخر، نظرت: فإن كان فى الوصاية التى شرط فيها الاجتماع أو فى التى حكمها كحكمها وهوقوله: أوصيت إليكما، فإنه يجب أن ينصب الحاكم غيره، وإن مات فى الوصية المرتبة فلمن قبل منهما الاستقلال إذا رد الآخر، وإن قبلا معا لم يستقل واحد منهما، هذا إذا قال: أوصيت إلى زيد ثم قال: أوصيت إلى عمرو، وأما إن قال: ضممت عمرًا إلى زيد ولم يقبل إلا عمرو، فإنه لا يستقل؛ لأنه جعله مضمومًا إلى غيره ولم يفرده بالوصاية، بخلاف ما لو قبل زيد وحده فإنه يستقل.

وقوله فى الحاوى: أو إلى اثنين فلتعاون إلى آخر قوله: لا إن شرط استقلالاً حينئذ، فيه أمور:

أحدها: أنه يرد عليه عدو الطفل، فإن الشروط التى ذكرها قد توجد فيه وهو لا يصح الإيصاء إليه.

الثانى: أنه لم يذكر الصيغة التى تقتضى استقلال كل من الوصيين بالتصرف، فإن قيل: يوجد من قوله: لا إن شرط استقلالاً حينئذ، قلنا: لا يخفى أن مراده حينئذ حين موت[(٤)] الموصى الآخر، ولا حجة فيه.

الثالث: قوله: وإن قبل واحد انفرد، يعم[(٥)] ما إذا أوصى إليهما معًا وما إذا رتب، كما

---

(١) فى متن «الإرشاد»: فيعوض.
(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٣) فى ط: بمباشرة.
(٤) فى ط: حيث موت.
(٥) فى ط: نعم.

يقتضيه لفظه من تسويته للحكم فيها، وليس كذلك، بل هو مخصوص بما إذا كانت الوصية للترتيب، وأما إذا أوصى إليهما معًا وقبل أحدهما دون الآخر، فإنه ينصب معه ثان، كما إذا مات أحدهما، ذكره فى العزيز والروضة: أنه الصحيح.

وقوله: وإن اختلفا فى مصرف، فالقاضى، أو فى حفظ قسم، ونحو كل وصى لاستقلال.

أى: إذا اختلف الوصيان حيث يشترط اجتماعهما فى تعيين من يصرف إليه من الفقراء وغيرهم، عين القاضى من يراه، ولا ينعزلان بالاختلاف، وإن اختلفا فى حفظ المال قسمه الحاكم بينهما؛ لأنه إذا كان فى يدهما كان فى يد كل منهما النصف، فجاز أن يغبن[1] ذلك النصف، ويجتمعان على التصرف فى الجميع، وإن كانا مستقلين، تصرف كل فى الجميع، وإن اختلفا فى التصرف أو الحفظ لما لا ينقسم ولم يرضيا بثالث أمرهما الحاكم بما فيه المصلحة، وإن امتنع أحدهما أقام الحاكم آخر مكانه، وإن امتنعا أقام اثنين مقامهما حتى يتفقا على العمل بالمصلحة.

وقوله: وصدق فى إنفاق ونفى خيانة، لا فى مدة و رد مال، ولا وصى فى بيع وترك شفعة بغبطة.

أى: إذا اختلف الوصى[2] هو والطفل بعد البلوغ فى الإنفاق، كأن قال: ما أنفقت على شيئًا، أو قال: أنفقت كذا، فقال: بل أكثر، صدق الوصى بيمينه، وإن اختلفا فى مدة الإنفاق، فذكر الوصى أو الولى زمنًا، وادعى المولى عليه دونه، أو قال: رددت إليك المال، فالقول قول المولى عليه مع يمينه، سواء كان المنازع أبًا أو وصيًّا. وقال الأذرعى فى آخر باب الوصية: إن المفهوم من كلام الشيخين قبول قول الأب والجد فى الرد، وصرح غيرهما بأنهما كالوصى فى ذلك، وممن صرح به الإمام والغزالى فى الوسيط، وقال: إنه الظاهر، ونقل فى المهمات عن ابن الرفعة الجزم بذلك وهو مقتضى ما ذكره الشيخ فى باب الحجر فى التنبيه، وأما إذا ادعى الأب بيع ماله وترك الشفعة للغبطة والمصلحة فإنه يصدق الأب، وأما الوصى فلا يقبل قوله فى ذلك.

وقوله فى الحاوى: فى الصرف والحفظ تولاه القاضى[3]، والقول قوله فى قدر النفقة والخيانة لا فى موت الأب ورد المال، فيه أمور:

---

(١) فى ط: أن يعنى.
(٢) فى أ: الموصى.
(٣) فى أ: بولاية القاضى.

أحدها: قوله: وإن اختلفا فى الحفظ تولاه القاضى[١]، ليس على إطلاقه بل تقسم إن كان مما ينقسم.

الثانى: قوله: فى الخيانة، أراد: نفى الخيانة[٢].

الثالث: أن قوله: فى الخيانة يقتضى قبول قول الوصى[٣] إذا ادعى بيع العقار لمحجوره[٤]، وليس كذلك بل القول فى ذلك قول الصبى.

الرابع: قوله: لا فى موت الأب، لو قال: لا فى المدة لكان أعم؛ ليشمل الوصى، والقيم، والمتلقى من الوصى قبله، والأب إذا اختلف هو والولد فى أول مدة ملكه للمال الذى أنفق عليه منه والله أعلم.

* * *

(١) فى ط: بولاية القاضى.
(٢) فى ط: ما أراد: فى نفى الخيانة.
(٣) فى أ: الموصى.
(٤) فى ط: العقار يجوز يقبل قوله.

الوديعة[1]

وقوله: باب: الإيداع توكيل بحفظ مال.

أى: فيعتبر فى العاقدين ما يعتبر فى الموكل والوكيل من التكليف، وجواز التصرف، وهو عقد لا إذن على الصحيح، فولد الوديعة وديعة كأمه.

ويشترط الصيغة كما فى الوكالة، بالإيجاب من المودع بالقول. والقبول إما قولا وإما

(١) هى لغة ما وضع عند غير مالكه لحفظه من ودع يدع إذا سكن؛ لأنها ساكنة عند الوديع وقيل من الدعة أى الراحة؛ لأنها تحت راحته ومراعاته، وشرعا العقد المقتضى للاستحفاظ أو العين المستحفظة فهى حقيقة فيهما وتصح إرادتهما وإرادة كل منهما فى الترجمة ثم عقدها فى الحقيقة توكيل من جهة المودع وتوكل من جهة الوديع فى حفظ مال أو اختصاص كنجس منتفع به فخرجت اللقطة والأمانة الشرعية كأن طير نحو ريح شيئا إليه أو إلى محله وعلم به والحاجة بل الضرورة داعية إليها، وأركانها بمعنى الإيداع أربعة وديعة ومودع ووديع وصيغة وشرط الوديعة - كما علم مما تقرر - كونها محترمة كنجس يقتنى وحبة بر بخلاف نحو كلب لا ينفع وآله اللهو (من عجز عن حفظها حرم عليه قبولها) أى أخذها؛ لأنه يعرضها للتلف وإن وثق بأمانة نفسه (ومن قدر) على حفظها (و) هو أمين ولكنه (لم يثق بأمانته) فيها حالا أو مستقبلا بأن جوز وقوع الخيانة منه فيها مرجوحا أو على السواء. ويؤخذ منه الكراهة بالأولى إذا شك فى قدرته وإن وثق بأمانة نفسه (كره له) أخذها من مالكها الرشيد الجاهل بحاله حيث لم يتعين عليه قبولها وقيل يحرم وعليه كثيرون ويرد بأنه لا يلزم من مجرد الخشية الوقوع ولا ظنه ومن ثم لو غلب على ظنه وقوع الخيانة منه فيها حرم عليه قبولها قطعا كما هو ظاهر أما غير مالكها كوليه فيحرم عليه إيداع من لم يثق بأمانته وإن ظن عدم الخيانة ويحرم عليه قبولها منه وأما إذا علم المالك الرشيد بحال الأول أو الثانى فلا حرمة ولا كراهة فى قبولها على ما بحثه ابن الرفعة وفيه نظر وإن أقره السبكى وغيره وسبقه إليه ابن يونس والذى يتجه فى الأول الحرمة عليهما إن كان فى ذلك إضاعة مال محرمة لما يأتى وبقاء كراهة القبول فى غير ظن الخيانة وحرمته فيها أما على المالك فلأنه حامل له بالإعطاء على الخيانة المحرمة وأما على القابل فلتسببه إلى وقوع الخيانة الغالبة منه ثم رأيت الزركشى نظر فيه أيضا عند العجز ثم قال الوجه تحريمه عليهما لإضاعة المالك ماله أى إن غلب ظن حصولها حينئذ ولإعانة الوديع عليه وعلم المالك بعجزه لا يبيح له القبول ا هـ. وأما إذا تعين عليه قبولها فلا كراهة ولا حرمة على ما بحثه ابن الرفعة أيضا وفى عمومه نظر والذى يتجه أن ذلك إنما يرفع كراهة القبول فى غير الأولى دون الحرمة فيها؛ لأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح وحيث قبل مع الحرمة أثم ولم يضمن على ما بحثه السبكى ومن تبعه وفيه نظر وعليه قال، الأذرعى الوجه تخصيصه بالمالك الجائز التصرف ففى نحو وديع له الإيداع وولى يضمن بمجرد القبض (فإن وثق) بأمانة نفسه وقدر على حفظها (استحب) له قبولها؛ لأنه من التعاون المأمور به ومحله إن لم يخف المالك من ضياعها لو تركها عنده أى غلب على ظنه ذلك كما هو ظاهر وإلا لزمه قبولها حيث لم يخش منه ضررا يلحقه أخذا مما ذكروه فى الأمر بالمعروف وإن تعين لكن لا مجانا بل بأجرة لعمله وحرزه؛ لأن الأصح جواز أخذ الأجرة على الواجب العينى كإنقاذ غريق وتعليم نحو الفاتحة، ولو تعدد الأمناء القادرون فالأوجه تعينها على كل من سأله منهم لئلا يؤدى التواكل إلى تلفها ويظهر فيما لو علموا حاجته إلى الإيداع لكنه لم يسأل أحدا منهم أنه لا وجوب هنا؛ لأنه لا تواكل حينئذ وأنه يستحب لكل منهم أن يعرض له بقبوله الإيداع إن أراده وقد يشمل المتن هذه الصورة.

فعلا؛ كأودعتك واستنبتك فى حفظه وما فى معناه مما يدل على التوكيل فى الحفظ.

ونقل الرافعى عن الرويانى فى جواز التعليق كأودعتك إذا جاء رأس الشهر، وقال: القياس يخرجه على الخلاف فى الوكالة، قال فى المهمات: وما ذكره الرافعى من تخريجه على الخلاف فى تعليق الوكالة فيه إلباس؛ لأن تصرف الوكيل صحيح فى الوكالة المعلقة، ويسقط المسمى وتجب أجرة المثل.

والوديعة لا عوض فيها، وحفظها نظير تصرف الوكيل، فتفطن(١)، وهذا ظاهر، ولو قال: أريد أن أودعك ثم أتى بالمال، فوضعه فقبضه من إيجاب ضمنه، ولو أودعه فلم يقبل لم يضمن بتركه عنده، فإن تركه ضائعًا وقام، لم يضمن وأثم، ولو أودعه فقال: ضعه [فوضعه](٢) كان إيداعًا كما لو قبضه.

وتبطل بالموت، والجنون، والإغماء.

وقوله: فيضمن بسفر لم يودع فيه، وموت إن تيسر رد لمالك، فإن تعسر فقاض، ثم عدل، أو إيصاء مميز من الميت إليهما.

أى: الوديعة إنما تضمن بأسباب، منها السفر بالمال المودع فى دار الإقامة، وإن أودعه إياه فى السفر، فسافر به، لم يضمن، فإن رجع إلى الوطن ثم سافر به ففيه احتمالان للإمام، نقلهما القمولى، والظاهر أنه يضمن؛ لأن المودع فى السفر إنما يقصد حمله إلى الوطن والتقصير فى الرد، فعليه ردها إلى المالك، أو وكيله عند السفر، فإن فقد فالقاضى، فإن فقد وضعها عند عدل، فإن لم يجده سافر بها ولاضمان على الأصح، وإذا ترك الترتيب فسلمها إلى عدل - والقاضى حاضر - ضمنها، وكذلك يضمن الوديعة فى مال الميت إذا قصر، بأن مرض أو حبس لقتل، وأمكنه الرد على المالك أو وكيله فلم يفعله، وإن لم يمكنه لزمه أن يسلمها إلى القاضى، أو يوصيه بإيصالها إلى مالكها ويحضرها ليشاهدها أو يصفها وصفًا يميزها عن غيرها، فإن فقد القاضى سلمها إلى عدل أو أوصى إليه كذلك، فإن تعسر الرد على المالك والإيصاء حتى مات، أو أمكن الإيصاء فأوصى بها موصوفة، ثم بعد ذلك فقدت من التركة، لم يجب ضمانها فى تركته لعدم تقصيره، وكذا من مات فجأة؛ لأنه غير مقصر، فإن قال: عندى لفلان ثوب ولم يصفه كان مقصرًا، فلو وجد فى التركة ثوب واحد فالأصح أنه لا يتعين للمودع، بل يجب فى التركة قيمته

---

(١) فى ط: فيفطن.

(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

لتقصيره.

وقوله فى الحاوى: فيضمن إن سافر بما لم يودع فيه إلى قوله: لا إن أوصى ففقد، فيه أمور:

أحدها: قوله: فيضمن الوديعة، إن سافر بما لم يودع فيه، الضمير عائد إلى المصدر وهو السفر، فيقتضى ألا يختص عدم الضمان بسفره الذى هو فيه، بخلاف قوله [فى الإرشاد](١): بسفر لم يودع فيه، فإنه صريح فى اختصاصه بالسفر الذى هو فيه.

الثانى: قوله: كأن مات فجأة(٢) بلا إيصاء مميز، فأقول: قد علمت أن الجمهور أوجبوا على المريض رد الوديعة إلى المالك، فإن عجز فإلى الحاكم أو يوصى بها إليه، فإن عجز فإلى عدل، أو يوصى بها إليه، وإن صاحب التهذيب قال: تكفيه الوصية إلى عدل مطلقًا، وقال القونوى: قد يوهم إطلاق المصنف موافقة صاحب التهذيب، لكن المصنف فى قوله: كأن مات، ربما أشعر باعتبار المنقول عن الجمهور(٣) إشعارًا قويًّا. انتهى.

قلت: لا إشعار فيه؛ فإن كلام الجمهور ما بيناه من أن التخيير بين التسليم إلى القاضى والإيصاء إليه، ثم بين التسليم إلى عدل والإيصاء إليه وهو غير ما يوهمه من التشبيه بحكم من أراد السفر؛ فإنه لم يسو بين الإيصاء إلى القاضى فى العدل والتسليم إليهما.

الثالث: قوله: لا إن أوصى ففقد، صوابه: لا إن عجز عن الرد إلى المالك، ثم أوصى ففقد، هذا الذى يقتضيه كلام الجمهور، فعلمت من هذا أنه موافق لصاحب التهذيب، وهذا كالمستغنى عنه، فإن تخصيص الضمان لمن ترك الرد، والإيصاء كالمصرح بإسقاطه عن الموصى بعد العجز عن الرد.

وقوله: وبقل لا لخوف، كنهب إن نهى، أو إلى حرز آخر وهلكت به أو دونه، لا فى دارها إلا إن عين(٤).

أى: وتضمن الوديعة بأسباب منها ما سبق، ومنها أن ينهاه عن نقلها سواء كان المنقول إليه حرز أم لا، للمخالفة من غير ضرورة، فإن ألجأت ضرورة كحريق ونهب وغلبة لصوص(٥)، ونقل إلى حرز، فلا ضمان له على الأصح، بل لو ترك النقل فى هذه الحالة

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) فى ط: مات لا فجأة.
(٣) فى ط: المهجور.
(٤) فى ط: وقوله: وبِنقْلٍ من حرز، لدونِه، لا فى دارها، ومن معين لدونه، أو هلكت به، وبكل إن نُهى لا لخوف).
(٥) فى أ: وغلبة مرض.

ضمن إلا إذا قال: لا تنقل، وإن حدث شيء من هذه الأحوال المذكورة، ومنها أن ينقل إلى حرز مثله من غير نهى فلا ضمان، وإن نقل إلى حرز دونه ولكنهما فى دار واحدة فلا ضمان أيضًا، إلا إذا كان قد عين الحرز فإنه يضمن، [وإن اتحدت الدار، وإن نقلها من الحرز المعين إلى الحرز مثله من غير نص لم يضمن][1] إلا إذا هلكت بسبب المخالفة؛ كأن انهدمت عليه الدار المنقول إليها، وكذا إن سرق على الأصح.

وقوله فى الحاوى: أو نقل بنهى لضرورة[2] غارة أو حريق، أو إلى حرز دونه، أو هلكت به؛ فيه أمران:

أحدهما: قوله: أو إلى حرز دونه، ليس على إطلاقه، بل ذلك إذا عين حرزًا وأمره أن يضعها فيه، فإنه يضمن مطلقًا سواء اتحدت الدار أم لا.

الثانى: قوله: أو هلك به، يعنى أنه إذا نقل إلى حرز مثله أو أعلى منه، فهلك به بأن انهدم أو نحوه ضمن. وهذا أيضًا إذا كان قد عين له الحرز، وأمره، أما إذا لم يأمره بأن أودعه إياه فى بلد ثم وضعه فيه فى حرز ثم نقله منه إلى حرز مثله، لم يضمن؛ لعدم المخالفة. وهذه لم يذكرها فى الإرشاد هنا؛ لأنها متكررة فهى تجىء قريبًا.

وقوله: وبترك علف، لا بأمره، وأثم، ونشر ثم لبس[3] لصوف.

أى: إذا أودعه دابة فعليه القيام بعلفها وسقيها، سواء أمره بذلك أو سكت عنه؛ لأنه التزم حفظها، فإن ترك علفها مدة لا تعيش مثلها فيها فهلكت ضمنها، وليس علفها واجبًا عليه من ماله، بل من مال مالكها بمراجعة الحاكم، كما فى هرب الجمال، فإن نهاه عن علفها فتركه عصى، ولم يضمن، كما لو قال: اقتل دابتى فقتلها، نعم إن كان بدابته علة فنهاه عن علفها فعلفها قبل زوال الداء، فهلكت - ضمن، وإن أودعه شيئًا من ثياب الصوف والخز والبسط وخيف عليه العث[4]، وكان نشرها للريح والشمس كافيًا - لزمه، وإن لم يكفه إلا اللبس والاستعمال، لزمه ذلك، فإن لم يفعل ففسدت ضمن، نعم، إن كان نهاه المالك لم يضمن وكره إهمالها.

وقوله: وبأخذ لا بنية الانتفاع، فإن خلط بدله، لا عينه واشتبه فكلا كباقى متصل أتلفه عمدًا.

أى: ويضمن الوديع ما يأخذه من الوديعة بنية الانتفاع، سواء انتفع به أو رده مكانه، ولا

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) فى ط: أو ينهى لا لضرورة.
(٣) فى ط: ولبس.
(٤) العث: هو السوس.

يسقط عنه ضمانه برده إلى مكانه، فإن نوى ألا يرده أو الأخذ للانتفاع فى أثناء الوديعة لم يضمن، أو نوى حال أخذها من صاحبها ضمن؛ لأن النية قارنت الأخذ، فإن كانت الوديعة دراهم فأخذ منها درهمًا ضمنه وحده، إن لم يفض ختمًا أو يكسر قفلا، فإن فعل ذلك ضمن الجميع.

وإن نقله ورد بدله، نظرت: فإن اختلط بها ولم يتميز ضمن الجميع، وإن تميز بعلامة أو كان المردود الدراهم بعينها لم يضمن الباقى، وكذلك إذا أتلف جزءًا متصلا من عين ضمنه وضمن باقى العين، حتى لو قطع يد العبد عمدًا فسرت منه ضمنه كله، وإن قطعها خطأ لم يضمن إلا ما أتلف؛ لأنه غير متعد.

وقوله: وبفض ختم، لا ركوب جموح.

أى: ويضمن الوديعة المختوم أو المقفول عليها بفض الختم وفتح القفل على الأصح، لتعديه، ولا يضمن الدابة الجموح إذا ركبها الوديع لسقيها أو ليوصلها المكان المأذون فيه، والجموح التى لا يمكن قودها إلا بعسر.

وقد أهمل فى الحاوى مسألة فض الختم.

وقوله: وبمخالفة، تلف بها، كلا ترقد فوقه، فرقد فسرق بصحراء من حيث مرقده، قبل.

أى: ويضمن المخالفة فى الحفظ، فإذا أمره بحفظ الوديعة على كيفية[1] فعدل عنها إلى غيرها، فإن تلف بسبب عدوله ضمن وإلا فلا، وإليه الإشارة بقوله: وبمخالفة تلف بها، فإذا أودعه مالاً فى صندوق مثلاً وقال: لا ترقد عليه، فرقد عليه فسرق من جنب[2] الصندوق الذى كان مرقده لو لم يرقد فوقه، فإنه يضمن، كما إذا انكسر الصندوق بنقله، ولو سرق من جانب لا يكون مرقده لم يضمن، وكل هذا إذا كان الصندوق فى الصحراء، فأما إذا كان فى حرز فلا يضمن على الأصح إذا سرق؛ لأنه لم يتلف بسبب المخالفة بل زاد إحرازًا بالرقاد عليه، وكذا لو قال: لا تنقل الوديعة فنقلها إلى حرز كالأول لم يضمن، إلا إذا تلفت بسبب النقل، كأن انهدم عليها البيت[3]، أو سرقت منه.

وقوله: أو اربط فى كمك فأخذه بيده، أو ربط داخلها فضاع، أو خارجًا فطر، لا بالعكس، ضمن لا إن غصب.

أى: ومن المخالفة المضمنة، ما إذا أودعه دراهم ونحوها وقال له: اربطها فى كمك فأخذها بيده، فإن ضاعت من يده بالسقوط لنوم أو ذهول، فإنه يضمن بحصول التلف

---

(١) فى أ: كتفه.
(٢) فى ط: من حيث.
(٣) فى ط: كانهدام عليها للبيت.

بالمخالفة؛ إذ لو كانت مربوطة ما ضاعت بذلك، فإن غصبت فى هذه الصورة لم يضمنها؛ لأن اليد بالنسبة إلى الغصب أحرز من الربط، ولو ربطها فى كمه وقد أمر بالربط فيه لم يلزمه إمساكها باليد، لكن إذا جعل الخيط خارج الكم فأخذها طرار[١] ضمن فيه؛ لأن فيه إظهارًا وتسهيلا لقطعهما على اللص، وإن ضاعت لم يضمن؛ لأنها إذا انحلت بقيت فى الكم، وإن جعل الرباط من داخل وضاعت ضمن؛ لأنه بالانحلال تتناثر الدراهم إلى الأرض، فإن طرت لم يضمن، وهذا معنى قوله: لا بالعكس.

هذا ما نقله الأصحاب، واستشكل من حيث إنه أمر بالربط ولايمكنه الربط فى الكم إلا داخلاً أو خارجًا، وكل منهما مضمن فى صورة على ما قالوا، فكيف يضمن وقد فعل ما أمر؟ قال الرافعى: وقضية هذا أن يقال: إذا قال: احفظ الوديعة فى هذا البيت فوضعها فى زاوية منه، فإن هدمت عليها أنه يضمن؛ لأنه لو كانت فى زاوية أخرى لسلمت، وقال: ومعلوم أن هذا بعيد.

وقوله: وبتضييع، كأن وضع بدون حرزها أو نسى، أو دل ظالما[٢]، أو أكرهه فسلم ويرجع عليه، ووجب جحد وجاز حلف ويكفر.

أى: ويضمن وديعته إذا ضيعها؛ لأن عليه حفظها [فى حرز مثلها][٣]، ومن التضييع أن يضعها فى حرز ليس حرزًا لمثلها، أو يؤخر إحرازها وقد تمكن منه، وكذلك إذا نسى الوديعة فتلفت ضمن؛ لأن التضييع كالإتلاف يستوى فيه الناسى وغيره، وكذلك إذا دل على وديعته من يأخذها بغير حق كمصادر وسارق ضمن[٤]، ولا يضمن فى دلالة السارق إلا إذا عين له مكانها، وإن أكرهه الظالم على تسليمها فسلمها إليه ضمن أيضًا على الأصح، بخلاف ما إذا أخذها بيده أو دله مكرهًا. قاله الماوردى. ثم القرار على الظالم فى حالتى الإكراه والدلالة؛ لأن الوديع إذا دل الظالم عليها صار خائنًا ضامنًا له حكم الغاصب، والغاصب يرجع على المتلف، ثم على الوديع أن يجحد الوديعة على الظالم، فإن حلفه جاز له أن يحلف إن شاء ويكفر، وأن يدله[٥] ويغرم. وقال بعض المتأخرين[٦]: قول الأصحاب: وجاز أن يحلف، مقتضاه الوجوب كما قالوا: يجوز للمضطر أكل الميتة، والأكل واجب عليه، وليس بصحيح فى الوديعة[٧]؛ لأن الأصحاب قد صرحوا بأنه لو

(١) الطرار: النشال يشق ثوب الرجل ويسل ما فيه.
(٢) فى متن «الإرشاد»: ضامنا.
(٣) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٤) فى ط: لم يضمن.
(٥) فى ط: وإن يبذله.
(٦) فى ط: الشارحين.
(٧) فى ط: وليس فى تصحيح الوجوب فى الوديعة.

حلف بالعتاق أنه مخير بين أن يدل عليها ويغرم، وأن يحلف ويعتق عليه العبد، فكذلك ينبغى أن يخير بين أن يدل ويغرم، وبين أن يحلف ويكفر من ماله[١]، وكيف يوجب على من أودع درهمًا أن يحلف، ويكفر عن يمينه بدراهم، فإن سأله الظالم عن مسلم ليقتله وجب أن يحلف، وإن كانت اليمين بالطلاق فحلف طلقت زوجته، وإن كان قادرًا على دفع الظالم عن الوديعة وجب، فإن قصر ضمن؛ لأنه التزم حفظها.

وقوله فى الحاوى: أو سلم مكرهًا، والقرار على الظالم، ويخفى عليه، ويحلف كاذبًا ويكفر، فيه أمور:

أحدها: قوله: والقرار على الظالم، الذى فهمه الشارحون ونصوا عليه أن المراد بالظالم هنا المكره الذى سلم إليه، وذلك لا يختص بحالة الإكراه بل القرار عليه سواء سلمها إليه أو دل عليها فأخذها أو سرقها وقد أوضحناه قبلها.

الثانى: قوله: ويخفى عليه ويحلف، جعلهما سواء فى الحكم، وليس كذلك؛ فإن الإخفاء واجب والحلف جائز كما أوضحناه قبلها.

الثالث: قوله: كاذبًا، زيادة بيان لا حاجة إليه، ففى قوله: ويحلف مع قوله: ويخفى ويكفر ما يغنى عنه[٢].

وقوله: وبتأخيره، بلا عذر، إعلام قابض أذن له، وذى ثوب وقع فى داره، وتخليته إن طلب.

أى: ويضمن الوديع بتأخير طلب إعلام من أمره المالك بردها إليه؛ لأنه لما أمر بتسليمها انعزل وصارت أمانة شرعية[٣]، كأمانة من ألقت الريح ثوبًا فى داره، فإنه تجب المبادرة إلى إعلام مالكه حين يعرفه، وكذلك يجب عليه أن يخلى بين الوكيل وبين الوديعة إذا طلبها، كما يجب ذلك بطلب المالك، ولا يجب عليه مؤنة الرد إلى واحد منهما، وكذلك صاحب الثوب لا يستحق بعد الإعلام إلا التخلية بينه وبين ثوبه، وإنما تجب المبادرة حيث لا عذر، فإن كان عذر: فإن دخل وقت الصلاة والوديعة بعيدة عن مجلسه، فإنه يبدأ بالوضوء والصلاة، وكذلك يبدأ بقضاء الحاجة والتطهير، فإذا كان فى نحو حمام أو ملازم للغريم يخاف هربه، أو كان ليلا أو فى مطر فلا يلزمه الإعلام قبل إتمام ما هو فيه، ولا التخلية، نعم إذا جاءه ليلا وهى قريبة منه لزمته التخلية، وإن كانت فى خزانة يعسر فتحها ليلا أمهل

---

(١) فى ط: عن ماله.

(٢) فى ط: ما نفى عنه.

(٣) فى ط: أمر بتسليمها تنعزل الأمانة الشرعية.

إلى الصباح ولم يضمن.

وقوله في الحاوي: أو طلب فأخر التخلية لا لإتمام غرض فيه، أو قال: رد على وكيلي فتمكن ولم يرد، فيه أمور:

أحدها: قوله: لا لإتمام غرض، مقتضاه أنه لا يعذر في إنشاء غرض، ولا شك أنه إذا أراد قضاء حاجة الإنسان بدأ بها وتطهر، وإذا دخل وقت الصلاة، والوديعة بعيدة عن مجلسه، أنه يشرع في الصلاة.

الثاني: أنه عمم الأغراض، وليس كل غرض يشرع فيه الوديع يعذر في إتمامه، وإنما ذلك في أشياء مخصوصة.

الثالث: أنه أوجب على الوديع التخلية للمالك والرد على الوكيل، وعلى من ألقت الريح ثوبًا في داره، ولا يجب في الجميع إلا التخلية، [لكن يجب عليه إعلام الوكيل الذي أمر بالرد عليه وصاحب الثوب][1]، ثم إن طالبا لزمه التخلية.

وقوله: وبجحد مالك طلب، وتقبل بينة برده، لا يمينه إن جحد أصل إيداع.

أي: ويضمن الوديع إذا طالبه المالك بالوديعة فجحده إياها، وكذا إن سأله عنها ولم يطلبها على الأصح، أما إذا سأله غير المالك فجحد لم يضمن وإن كان المالك حاضرًا؛ لأن ذلك زيادة في حفظها، فإذا جحد الإيداع فأقام المالك بينة، أو أقر وادعى الرد عليه أو التلف لم يصدق. لكن إن أقام بينة سمعت على الأصح؛ لاحتمال أنه نسي ثم تذكر، أما إذا كان جحوده لا ينافي ذلك، بأن قال: لا يلزمني تسليم شيء إليك ونحوه، فإنه يصدق بيمينه، وإن شهدت إليه البينة [بالتلف][2] بعد جحوده ضمن لأنها تلفت، وقد صار خائنًا ضامنًا.

وقوله: وبأخذ من صبي وسفيه لا حسبة، وهما بإتلاف وديعة لا مبيع رشيد وقرضه.

أي: ويضمن بأخذ الوديعة من الصبي والسفيه لتقصيره بالأخذ ممن ليس أهلا بالإيداع إلا إن أخذها حسبة خوف التلف عليها تحت يده، فلا يضمن على الأصح؛ كمحرم أخذ صيدًا من جارحة لتعهده فتلف لا يضمن على الأصح.

ثم الصبي والسفيه إذا استودعهما مالا وأتلفاه ضمناه؛ لأن المالك لم يسلطهما إلا على الحفظ، بخلاف ما إذا اقترضا أو اشتريا من رشيد لم يضمنا؛ لأن المالك سلطهما على الإتلاف بالتملك، أما إذا كان البائع والمقترض غير رشيد فإنه يضمن، وهي واردة في الحاوي[3]: وأما ما تلف بآفة سماوية فلا يضمناه مودعًا كان أو متملكًا.

---

(١) في ط: لكن يجب إعلام الوكيل بالرد وصاحب الثوب.

(٢) سقط في ط.

(٣) في أ: على الحاوي.

الفىء(١)

وقوله: باب: يخمس فىء حصل من كفار، وغلة ما وقف منه، لمصلحة، فخمس للمصالح، وللهاشمى وللمطلبى، ذكر كأنثيين ولليتيم بفقر، وللفقير والمسكين، ولابن السبيل.

أى: اعلم أن المال الذى يحصل من الكفار ضربان أحدهما: الفىء وهو ما يحصل بلا إيجاف بخيل ولا ركاب(٢)، والثانى: الغنيمة، وهو ما يحصل بإيجاف، [وقد يسمى كل

---

(١) من معانى الفىء فى اللغة: الظل، والجمع أفياء وفيوء، وتفيأ فيه: تظلل، والفىء: ما بعد الزوال من الظل. ومنها: الرجوع، يقال: فاء إلى الأمر يفىء وفاء وفيئا وفيوءا: رجع إليه، ويقال: فئت إلى الأمر فيئا: إذا رجعت إليه النظر، وفاء من غضبه: رجع. ومنها: الغنيمة والخراج، وما رد الله تعالى على أهل دينه من أموال من خالف دينه بلا قتال. والفىء فى الاصطلاح له معنيان: (المعنى الأول): اسم لما لم يوجف عليه المسلمون بخيل ولا ركاب، نحو الأموال المبعوثة بالرسالة إلى إمام المسلمين، والأموال المأخوذة على موادعة أهل الحرب وهو المراد هنا. (المعنى الثانى): رجوع الزوج إلى جماع زوجته الذى منع نفسه منه باليمين عند القدرة عليه أو الوعد به عند العجز عنه.

والفىء مشروع بالكتاب والأثر. أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَمَآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنۡهُمۡ فَمَآ أَوۡجَفۡتُمۡ عَلَيۡهِ مِنۡ خَيۡلٖ وَلَا رِكَابٖ وَلَٰكِنَّ ٱللَّهَ يُسَلِّطُ رُسُلَهُۥ عَلَىٰ مَن يَشَآءُۚ وَٱللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيۡءٖ قَدِيرٞ﴾ وقوله جل شأنه: ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنۡ أَهۡلِ ٱلۡقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ وَٱلۡيَتَٰمَىٰ وَٱلۡمَسَٰكِينِ وَٱبۡنِ ٱلسَّبِيلِ كَيۡ لَا يَكُونَ دُولَةَۢ بَيۡنَ ٱلۡأَغۡنِيَآءِ مِنكُمۡۚ﴾. وأما الأثر فما ورد عن عمر رضى الله عنه أنه قال: «كانت أموال بنى النضير مما أفاء الله على رسوله صلى الله عليه وسلم وكانت للنبيصلى الله عليه وسلم خاصة، فكان ينفق على أهله نفقة سنة وما بقى يجعله فى الكراع والسلاح».

(٢) ذهب الحنفية والمالكية والشافعى فى القديم وأحمد فى رواية إلى أن الفىء لا يخمس، وإنما كله لرسول الله صلى الله عليه وسلم ومن ذكروا معه فى قوله تعالى: ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنۡ أَهۡلِ ٱلۡقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ وَٱلۡيَتَٰمَىٰ وَٱلۡمَسَٰكِينِ وَٱبۡنِ ٱلسَّبِيلِ﴾ إلى قوله تعالى ﴿وَٱلَّذِينَ جَآءُو مِنۢ بَعۡدِهِمۡ﴾ فقد جعله الله لهم ولم يذكر خمسا ولأن الخمس إنما يجب فى الغنائم، والغنيمة اسم للمال المأخوذ عنوة وقهرا بإيجاف الخيل والركاب، ولم يوجد هذا فى الفىء لحصوله فى أيديهم بغير قتال، فكان مباحا ملك لا على سبيل القهر والغلبة، فلا يجب فيه الخمس كسائر المباحات، وقال ابن المنذر: ولا نحفظ من أحد قبل الشافعى فى الفىء الخمس كخمس الغنيمة. كما لو صولحوا على الضيافة فإنه لا حق لأهل الخمس فى مال الضيافة بل يختص به الطارقون. وذهب الشافعى فى الجديد والرواية الصحيحة عند محمد من الحنفية ورواية عن أحمد إلى أن الفىء يخمس لقوله تعالى: ﴿مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ مِنۡ أَهۡلِ ٱلۡقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ وَٱلۡيَتَٰمَىٰ وَٱلۡمَسَٰكِينِ وَٱبۡنِ ٱلسَّبِيلِ كَيۡ لَا يَكُونَ دُولَةَۢ بَيۡنَ ٱلۡأَغۡنِيَآءِ مِنكُمۡۚ﴾، فظاهر هذا أن جميع الفىء لهؤلاء، وهم أهل الخمس. ولما قرأ عمر رضى الله عنه الآية قال: استوعبت هذه الآية الناس فلم يبق أحد من المسلمين إلا له فى هذا المال حق، وجاءت الأخبار عن عمر رضى الله عنه دالة على اشتراك جميع المسلمين فيه، فوجب الجمع بينهما، كى لا تتناقض الآية والأخبار وتتعارض، وفى إيجاب الخمس فيه جمع بين النصوص وتوفيق بينها، فإن خمسه للذى سمى فى الآية وسائره ينصرف إلى من فى الخبر كالغنيمة، ولأنه مال مشترك مظهور عليه فوجب أن يخمس كالغنيمة والركاز، ولأن الملك عند محمد من الحنفية يثبت بأخذه، وإنما =

منهما باسم الآخر وعلم ذلك من قوله بعد: وما حصل بإيجاف خيل][١] ويدخل فى الفيء ما انجلى عنه الكفار خوفًا منا، والجزية وما صولحوا عنه وعشر تجارتهم ومال مرتد [قتل أو مات][٢] ومال ذمى مات ولا وارث له. وإذا كان مال الفيء عقارًا واقتضت المصلحة وقفه وجب وقفه، وخمست عليه[٣] من جملة الفيء، وإن اقتضت بيعه أو قسمته الممكنة فلهم ذلك، أما سهم المصالح فلا يمكن قسمته فى أهله فيوقف أو يباع بحسب المصلحة، وكذلك سهام الفقراء والمساكين واليتامى وابن السبيل؛ لعدم تعيينهم بخلاف المرتزقة وذوى القربى؛ لأنهم متعينون. هذا هو الأصح من العزيز والروضة، إلا أن آخر كلامهما كاد يناقض أوله، ثم الفيء يجعل خمسة أسهم[٤] ثم يخمس الخمس فتكون القسمة من خمسة وعشرين سهما، منها سهم للمصالح وهو المضاف إلى الله تعالى، ورسوله، فى الآية الشريفة، كان رسول الله ﷺ ينفق منه على نفسه وأهله، ويصرف الفاضل فى المصالح، فيصرف بعد موته إليها، ولم يورث عنه؛ لقوله ﷺ: «نحن معاشر الأنبياء لا

= أخذ على سبيل القهر والغلبة، فكان فى حكم الغنائم. وروى البراء بن عازب رضى الله عنه قال: لقيت عمى ومعه راية، فقلت له: أين تريد؟ قال: «بعثنى رسول الله إلى رجل نكح امرأة أبيه، فأمرنى أن أضرب عنقه وآخذ ماله».

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٣) فى ط: غلته.

(٤) يقسم مال الفيء على خمسة أسهم عند من يقول بتخميسه: السهم الأول المضاف إلى الله عز جل وإلى رسوله صلى الله عليه وسلم، وكان صلى الله عليه وسلم ينفق منه على نفسه وأهله، وما فضل جعله فى السلاح عدة فى سبيل الله تعالى وفى سائر المصالح. وأما سهم الله الذى أضافه إليه فهو لافتتاح الكلام باسمه تبركا به، لا لإفراده بسهم، فإن لله تعالى الدنيا والآخرة. وقد روى عن ابن عباس رضى الله عنهما قال: «كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا بعث سرية فغنموا خمس الغنيمة فضرب ذلك الخمس فى خمسه..». السهم الثانى: لذوى القربى، وهم بنو هاشم وبنو المطلب دون بنى عبد شمس وبنى نوفل؛ لأن بنى هاشم وبنى المطلب لم يفارقوا الرسول صلى الله عليه وسلم فى جاهلية ولا إسلام، كما قال صلى الله عليه وسلم وشبك بين أصابعه، ويشترك فيه غنيهم وفقيرهم وكبيرهم وصغيرهم، ولا يفضل أحد منهم على أحد إلا بالذكورة، فللذكر سهمان وللأنثى سهم. وقال المزنى: يسوى بينهما، وقال القاضى حسين: المدلى بجهتين يفضل على المدلى بجهة. السهم الثالث: لليتامى، واليتيم الصغير الذى لا أب له وقيل: ولا جد له قبل الحلم، فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال: «لا يتم بعد احتلام» ويشترط فيه الفقر. السهم الرابع: المساكين، والمسكين هو الذى يملك ما يقع موقعا من كفايته ولا يكفيه، ويدخل فيه الفقير. السهم الخامس: ابن السبيل وهو كل من أنشأ سفرا من بلده أو بلد كان مقيما به ولم يكن معه ما يحتاج إليه فى سفره، فيعطى من لا مال له أصلا، وكذا من له مال فى غير البلد المنتقل إليه منه. وإذا فقد بعض الأصناف وزع نصيبه على الباقين كالزكاة.

نورث، ما تركناه صدقة»[١] وسهم لذوى القربى وهم بنو هاشم وبنو المطلب، وقد أعاد اللام فى قوله: وللهاشمى وعطف المطلبى عليه من غير لام؛ تنبيهًا على أنه يصرف إليهم جميعًا مثل ما يصرف لأنواع المصالح، وكذا من أعاد معه اللام، صرف إليه سهم وهو خمس الخمس. واعلم أن بنى هاشم وبنى المطلب وبنى عبد شمس وبنى نوفل كلهم بنو عبد مناف، وقد سألت بنو عبد شمس وبنو نوفل النبى ﷺ عن تخصيص بنى عبد المطلب مع استوائهم فى القرب فقال: «إنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد - وشبك بين أصابعه - ولم يفارقونا فى جاهلية ولا إسلام»[٢]، وذلك أنهم خرجوا مع بنى هاشم يوم الصحيفة؛ فلذلك ميزهم النبى ﷺ، ويشترك فيه منهم الغنى والفقير والصغير[٣] والكبير والقريب والبعيد، للذكر مثل حظ الأنثيين كالميراث، فإن كان الحاصل قدرًا لو وزع عليهم لما سد مسدًّا، قدم الأحوج فالأحوج، فتصير الحاجة معتبرة وإن لم تعتبر فى الأصل، ثم الانتساب بالآباء فلا يدفع[٤] لأولاد البنات شيء، وسهم لليتامى وهم كل صبى لم يبلغ الحلم مات أبوه وإن بقى جده؛ [لقوله ﷺ: «لا يتم بعد الحلم» ولكن من مات أبوه يسمى يتيمًا وإن بقى جده][٥]، ويشترط فى اليتيم أن يكون فقيرًا؛ لأنه إذا منع لاستغنائه بمال الأب، فمنعه وقد استغنى بمال نفسه أولى، وسهم للفقراء والمساكين، وسهم لابن السبيل، وهو الخامس، وسيأتى الكلام على هؤلاء فى الباب الذى بعده، ويجوز أن يفاضل بين آحاد اليتامى والفقراء وابن السبيل؛ لأنهم يعطون بقدر الحاجة بخلاف ذوى القربى، ثم من فقد من هذه االأصناف وزع نصيبه للباقين كما فى الزكاة.

وقوله فى الحاوى: وغلة عقارهم بعد أن وقف، قال القونوى: ظاهره الجزم بأنه تعين الوقف، وليس كذلك، بل إن رأى الإمام قسمتها أو بيعها وقسمة ثمنها فله ذلك، انتهى كلامه.

قلت: ويوهم أن غلة العقار لا تخمس حتى يوقف، وإن كان لم يرد ذلك.

وقوله: والباقى وكان له عليه السلام للمقاتلة كل كفايته وزوجاته وولده وعبيد حاجته، وإن عجز، فإن مات أعطوا بعده حتى تنكح أنثى، ويستقل ذكر.

---

(١) أخرجه البخارى (٦٧٣٠)، ومسلم (١٧٥٨/٥١) عن عائشة.
(٢) أخرجه الشافعى فى المسند (٢/ ١٢٥) ومن طريقه البغوى فى شرح السنة (٥/ ٦٢٧) وأصله فى صحيح البخارى (٣٥٠٢).
(٣) فى ط: والصبى.
(٤) فى ط: فيدفع.
(٥) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

أى: والباقى بعد الخمس وهو الأخماس الأربعة للمقاتلة، وكانت لرسول الله ﷺ، فى حياته مضمومة إلى خمس الخمس، وهى بعده تصرف إلى المرتزقة والمرصدين للجهاد، ويعطى كل رجل منهم كفايته، وكفاية من فى نفقته من ولد صغير وكبير وزوجة من نفقة وكسوة وسائر المؤن، ويراعى الزمان والمكان، وما يجرى من رخص وغلاء، وقدر حال الشخص وطعم البلد، ويعطيه ما يحتاجه لكفاية زوجاته، فإن زاد جديدة زاده فى العطاء، فإن كان ممن يخدم أعطاه كفاية عبد واحد بل يشتريه له إذا احتاج إليه، وقال الرافعى: وأما عبيد الجهاد فيعطيه لهم، وإن كثروا، وقال النووى - قلت: كذا هو منقول -: وإنما يقتصر فى عبيد الخدمة على واحد إذا حصلت به الكفاية، وأما من لا يحصل كفايته إلا بخدمة العبيد فيعطى لمن يحتاج إليه ويختلف باختلاف الشخص.

وإن عجز المقاتل بأن جن أو مرض أو أيس من زوالهما أو هرم، فالأصح أنه يعطى، فإذا مات المقاتل أعطى كل من فى نفقته على الأصح حتى تتزوج الزوجة والبنت ويستقل الذكر، بأن يثبت اسمه فى الديوان أو يخرج إلى حرفة أخرى حتى يستقل المجاهدون بالاكتساب لمن بعدهم عن الجهاد.

وقوله فى الحاوى: والباقى للمقاتل قدر حاجته وزوجاته وولده وعبده، وإن مات إلى أن تنكح النساء، ويستقل البنون، وقوله فيما بعد: وبضعف أو جنون أيس منه، فيه أمور:

أحدها: قوله: وعبد، قال شراحه: نكر العبد؛ لأنه لا يجوز أن يعطى إلا نفقة عبد واحد للخدمة إن كان ممن يخدم، وقد بينا ما قاله الرافعى، والنووى فى جواز إعطائه للعبيد إذا احتاج إليهم.

الثانى: قوله: قدر حاجته وزوجاته وإن مات، لا يعنى أن قدر حاجته وحاجة من يمونه يبقى لمن يمونه، بل يعنى: يبقى قدر حاجة من يمونه فقط.

الثالث: قوله: وبضعف أو جنون أيس منه، الأصح أنه يعطى [وإن صار إلى ما ذكره من الضعف والجنون؛ لأنه إذا أعطى ولده وزوجته من بعده فلأن يعطى][1] هو فى حال حياته أولى، كما ذكره فى العزيز والروضة.

وقوله: وقسطه لمدة من مال جمع لوارثه.

أى: وقسط الذى مات بعد مدة له فيها مستحق يصير لوارثه، بطريق الإرث حتى لا يسقط بالإعراض عنه[2]، سواء مات بعد استكمال المدة المضروبة أو فى أثنائها، وإنما

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) فى ط: كطريق الإرث بالإعراض عنه.

يستحق إذا جمع المال، فإن مات قبل جمعه وتحصيله، لم يستحق شيئًا وإن مات بعد كمال المدة.

وقوله: ووضع ديوانًا، وندبا وقدم قريشا، الأقرب فالأقرب، ثم الأنصار ثم العرب الأسن، ثم الأسبق إسلامًا، وهجرة، ونصب عرفاء.

أى: ويضع ديوانًا يثبت فيه أسماء المقاتلة، ولا يجوز أن يثبت فيه اسم صبى أو مجنون ولا امرأة ولا عبد ولا ضعيف لا يصلح للفر[1]؛ كالأعمى والزمن، وإنما هم تبع للمقاتل، إذا كانوا فى عياله يعطى لهم. وإنما يثبت الرجال المكلفون[2] المستعدون للغزو، ويستحب للإمام أن يقدم فى الإعطاء وفى إثباتَ الاسم فى الديوان قرشيًّا على سائر العرب؛ لقربها لرسول الله ﷺ، وأن يقدم من قريش الأقرب فالأقرب، فيقدم بنى هاشم وبنى المطلب؛ لما بيناه أن النبى ﷺ جعلهم فى رتبة واحدة. ثم يقدم بعدهم بنى عبد شمس ونوفل أخوى هاشم، ويقدم بنى عبد شمس؛ لأنه أخو هاشم من أبويه ونوفل أخوه من الأب، ثم بنى عبد العزى، ثم بنى عبد الدار؛ لأنهما ابنا قصى[3]، ويقدم بنى عبد العزى؛ لأنهم أصهار رسول الله ﷺ لمكان خديجة رضى الله تعالى عنها، ثم يقدم بنى زهرة وهو أخو قصى، وعلى هذا. ثم بعد قريش الأنصار لآثارهم الجميلة فى الإسلام ثم سائر العرب، وإذا تساوى اثنان فى الرتبة قدم أسنهما، فإن استويا فى السن فأقدمهما إسلامًا وهجرة. ثم بعد العرب العجم ومن عرف نسبه منهم وله سابقة فى الإسلام قدم بها، وإلا فالتقديم فيهم بالسن وبالفضائل، ويستحب للإمام أن ينصب عرفاء فيجعل فى كل عدد يراه عريفًا يعرض عليه أحوالهم ويجمعهم متى شاء.

وقوله فى الحاوى: قدم ندبًا الهاشمى والمطلبى إلى قوله: ونصب لكل جمع عريفًا، فيه أمران:

أحدهما: أنه لم يذكر الأنصار وترتيبهم بعد قريش وقبل العرب عند أكثر الأصحاب[4]، وظاهر النص والسرخسى، وليس كذلك؛ لأنه سوى بينهم وبين سائر العرب والسرخسى يقدمهم على سائر ولد عدنان.

الثانى: أنه عطف قوله: ونصب لكل جمع عريفًا على قوله: ويضع ديوانًا يحصيهم،

---

(١) فى ط: للغزو.
(٢) فى ط: المطيقون.
(٣) فى ط: من قصى.
(٤) فى ط: وقبل بنى عبد العزى عند الأكثرين.

فأوهم أنهما فى الحكم سواء، ونصب العريف مندوب إليه، ووضع الديوان لازم؛ لأنه لا سبيل إلى معرفتهم إلا به.

وقوله: وفرق متى شاء، ورد ما فضل فيهم، أو فيهم وفى مصلحة حرب.

اى: يفرق الإمام أرزاق المجاهدين من السنة أولها أو وسطها أو آخرها، وهى أولى من التفريق كل أسبوع أو كل شهر؛ لأن ذلك قد يشغلهم عن الجهاد، ولأن الجزية وهى معظم الفىء، لا تؤخذ فى السنة إلا مرة واحدة، إلا إن رأى المصلحة فى ذلك، فإذا قسم عليهم على قدر حاجة كل، ثم فضل شىء رد الفاضل فيهم على قدر حصصهم كما يرد الميراث على فىء[1] ذوى الفروض. وللإمام أن يصرف بعض الفاضل إليهم، وبعضه فى مصالح الحرب، كسد الثغور وشراء السلاح والكراع؛ لأنه من مصالحهم.

* * *

(١) فى ط: فى ذوى الفروض.

الغنيمة[1]

وقوله: وما حصل بإيجاف، فلمسلم* خاطر لا رام من صف، سلب من أسر أو أزال منعته، محاربًا، من سلاح وزينة ونفقة، ومركب وجنيبة مما معه، وعدتها، لا حقيبة ورقبته ولا بدله.

أى: المال الذى يحصل بإيجاف الخيل وغيرها، يعنى الغنيمة التى سبق ذكرها سواء أخذ منهم فى حالة القتال أو استولى عليه بعد الهزيمة عن القتال، وكانت فى أول الإسلام للنبى ﷺ، وعلى ذلك يحمل إعطاؤه منها من لم يشهد الواقعة، فأول ما يخرج منها السلب، فإنه يختص به مستحقه، فلا يخمسه، ومستحقه مسلم خاطر بنفسه فى قتل كافر ممتنع حال كونه محاربًا، سواء مقبلاً كان أو مدبرًا؛ لأن المدبر فى حالة الحرب كالمقبل؛ إذ الحرب كر وفر، فأما قاتل المدبر بعد هزيمة الكفار، فلا يستحق سلبه؛ وكذلك لا يستحقه من لم يغرر بنفسه، كالرامى من صف إلى صف، والاستحقاق بكفاية شره بقتله أو أسره أو إزالة منعته بأن أعماه، أو قطع يديه أو رجليه أو يدا ورجلا، أو أثخنه ضربًا وطعنا، سواء كان الكافر المقاتل عبدًا أو حرًا أو صبيًا أو امرأة، وذلك إذا كان المقاتل مسلمًا، فإن كان المقاتل ذميًا لم يستحق السلب، وإن قاتل بإذن الإمام.

أما السلب: فهو: كل ما مع المقاتل من ثياب بدنه وخف ونحوه، وما عليه من آلة الحرب، وكذا ما عليه من الزينة كالطوق والسوار، وما معه من المركوب وما عليه من العدة كالسرج واللجام والزينة، وكذلك لو قاتل راجلا، وهو ممسك عنانه؛ لأنه معد له وكذلك الجنيبة التى تجنب معه، فإن كان معه جنائب استحق واحدًا منها فقط، ولهذا قال: وجنيبة مما معه، وأما الحقيبة المشدودة على فرسه وما فيها من القماش والحوائج فلا حق

---

(١) الغنيمة والمغنم والغنيم والغنم بالضم فى اللغة: الفىء، يقال: غنم الشىء غنما: فاز به، وغنم الغازى فى الحرب: ظفر بمال عدوه. والغنيمة فى الاصطلاح: اسم للمأخوذ من أهل الحرب على سبيل القهر والغلبة، إما بحقيقة المنعة أو بدلالتها، وهى إذن الإمام، وهذا عند الحنفية. وعند الشافعية: هى اسم للمأخوذ من أهل الحرب الموجف عليها بالخيل والركاب لمن حضر من غنى وفقير.

والغنيمة مشروعة أحلها الله تعالى لهذه الأمة، وجلها مختص بها، قال صلى الله عليه وسلم: «أعطيت خمسا لم يعطهن أحد قبلى. . .» وذكر فيها: «وأحلت لى الغنائم» وكانت الغنيمة فى أول الإسلام لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاصة يصنع فيها ما يشاء، ثم نسخ ذلك بقول الله تعالى: ﴿وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ وَٱلۡيَتَٰمَىٰ وَٱلۡمَسَٰكِينِ وَٱبۡنِ ٱلسَّبِيلِ﴾ فجعل خمسها مقسوما على هذه الأسهم الخمسة، وجعل أربعة أخماسها للغانمين؛ لأن الله تعالى أضاف الغنيمة إلى الغانمين فى قوله: ﴿غَنِمۡتُم﴾ وجعل الخمس لغيرهم، فدل ذلك على أن سائرها لهم.

له فيها كالمتخلف عنه فى منزله، ولا حق له فى رقبة من أسره، ولا فى بدله، إن بيع أو فودى؛ [لأن ذلك ليس من السلب][(١)].

[وقوله فى الحاوى: وما حصل بإيجاف خيل . . . إلى آخره، فيه أمور:

أحدها: قوله: بإيجاف خيل، لا يشترط الإيجاف بالخيل، بل لو أخذته الرجالة لكفى.

الثانى: قوله: أزال منعته مقبل بقيام حرب، ليس الإقبال شرطًا، فقد بينا أن المدبر فى حال كونه محاربًا كالمقبل.

الثالث: قوله: لا غافل، أراد النائم والتارك للحرب المقبل على غيره من الحل، أما إذا غفل عن قاتله لاستغنائه بغيره من المقاتلة، أو غفل عن جانب وأتاه منه وقتله - فإنه يستحق سلبه.

الرابع: قوله: ما معه من ثوب وسلاح وجنيبة، ومقتضاه أنه يأخذ الجنيبة وإن تعددت كما يأخذ الثوب وإن تعدد، وليس كذلك، بل ليس له إلا جنيبة واحدة مما معه.

الخامس: قوله: وجنيبة أمامه، لا يشترط أن تكون أمامه بل يشترط أن تكون منسوبة إليه، سواء كانت أمامه أو هو أمامها][(٢)].

وقوله: ثم قسم[(٣)] ولو عقارًا، الخمس لأهله، والباقى لمن حضر لحرب، ولو أسيرًا عاد وكافرًا أسلم، لا من محرز قبله، وإن مرض وتحيز إلى فئة قريبة، أو مات فرسه لا هو.

أى: ثم يقسم ما حصل من الغنيمة بعد إخراج السلب[(٤)]، فيخمس كما يخمس الفىء، والباقى بعد إخراج السلب والخمس منه لمن شهد الواقعة بنية القتال، سواء قاتل أم لا؛ للحديث: «الغنيمة لمن شهد الواقعة»[(٥)] وسواء كانت الغنيمة عقارًا أو منقولا فإنه يقسم

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٣) فى متن «الإرشاد»: هم قسم.

(٤) السلب ما يأخذه أحد القرنين فى الحرب من قرنه، مما يكون عليه ومعه من ثياب وسلاح ودابة، وهو بمعنى مفعول أى: مسلوب. ويقال أخذ سلب القتيل وأسلاب القتلى. والمصدر السلب ومعناه: الانتزاع قهرا. ولا يخرج معناه الاصطلاحى عن معناه اللغوى.

(٥) ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الغنيمة تقسم فى دار الحرب؛ تعجيلا لمسرة الغانمين، وذهابهم لأوطانهم، ونكاية للعدو. وقيد المالكية هذا بما إذا أمنوا كثرة العدو وكان الغانمون جيشا وأما إن كانوا سرية من الجيش فلا يقتسمون حتى يعودوا إلى الجيش. ويكره تأخير التقسيم لبلد الإسلام بلا عذر عند الشافعية، فإنه صلى الله عليه وسلم لم يرجع من غزوة فيها مغنم إلا خمسه وقسمه قبل أن يرجع، فقد قسم غنائم خيبر بخيبر، وغنائم أوطاس بأوطاس، وغنائم بنى المصطلق =

لإطلاق الكتاب والسنة، ويستحب قسمتها فى دار الحرب كما فعل النبى ﷺ.

ومن حضر بعد انقضاء القتال وحيازة المال لم يستحق شيئًا، وكذا قبل حيازته على الأصح.

والأسير العائد إلى المسلمين إذا شهد الحرب استحق سواء أسر من هذا الجيش أو من غيره وسواء قاتل أم لا، وكذلك إذا أسلم كافر وخرج إلى المسلمين وشهد الواقعة يعطى وإن لم يقاتل؛ لأنه قصد إعلاء كلمة الله وشهد الواقعة فيقبح حرمانه، وإنما يستحق هذان مما يحصل بعد حضورهم، أما ما أحرز قبلهما فلا حق لهما فيه، ثم من استحق بشهود الواقعة فمرض فى أثناء القتال أو خرج استحق إن رجى شفاؤه، وكذلك إن لم يرج على المذهب.

وإن حضر وانهزم نظرت: فإن قصد أن ينحرف للقتال شارك الجيش، وكذا إن تحيز إلى فئة قريبة فيشاركهم حتى فيما حازوه بعده، فإن هرب، ثم ادعى أنه تحيز إلى فئة فقد قيل: إنه يصدق بيمينه، والأرجح أنه لا يصدق إلا إن عاد قبل انقضاء القتال فيشارك فيما حازه الجيش بعده، وإن حضر الواقعة فمات فرسه لم يسقط حق فرسه، وإن كان هو الميت سقط حقه على المذهب فيهما، والفرق: أن الفرس تابع.

وقوله فى الحاوى: ثم الخمس كما مر إلى قوله: والكافر إن أسلم، فيه أمور: أحدها: قوله: ثم الخمس كما مر، لو قال: لمن مر كان أولى؛ لأن الخمس والفىء،

= فى ديارهم. والتقسيم راجع عندهم إلى نظر الإمام واجتهاده، فإذا رأى أن المسلمين آمنون من كر العدو عليهم فلا يؤخر القسمة عن الموضع الذى غنم فيه وإن كانت بلاد الحرب أو كان يخاف كرة العدو عليهم أو كان منزله غير رافق بالمسلمين، تحول عنه إلى أرفق بهم منه وآمن لهم من عدوهم، ثم قسمه وإن كانت بلاد شرك. وانفرد الحنفية برأى فى قسمة الغنائم، فجعلوا هذه القسمة ضربين: قسمة الحمل: وتكون فى خالة ما إذا عزت الدواب ولم يجد الإمام حمولة، فإنه يفرق الغنائم على الغزاة، فيحمل كل رجل على قدر نصيبه إلى دار الإسلام، ثم يستردها منهم فيقسمها قسمة الملك: وهى لا تجوز فى دار الحرب. وهذا الاختلاف مبنى على أصل، وهو أن الملك هل يثبت فى الغنائم فى دار الحرب للغزاة؟ فعند الحنفية لا يثبت الملك أصلا فيها، لا من كل وجه ولا من وجه، ولكن ينعقد سبب الملك فيها على أن تصير علة عند الإحراز بدار الإسلام، وهو تفسير حق الملك أو حق التملك عند الحنفية. كما أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد نهى عن بيع الغنائم فى دار الحرب، والقسمة بيع معنى، فتدخل تحته وعند غير الحنفية: الغنيمة تملك بالاستيلاء عليها فى دار الحرب؛ لأنها مال مباح، فملكت بالاستيلاء عليها كسائر المباحات ومجرد الاستيلاء وإزالة أيدى الكفار عنها كاف. والدليل على تحقق الاستيلاء أن الاستيلاء عبارة عن إثبات اليد على المحل، وقد وجد ذلك حقيقة.

والحديث أخرجه الطبرانى والبيهقى مرفوعًا وموقوفًا وقال: الصحيح موقوف. كما فى تلخيص الحبير (٣/ ٢١٩).

لا يجوز عنده أن يكون من العقار بل من غلته بعد أن يوقف كما ذكروا، هذا يقسم عقارًا، فذوى القربى يأخذون سهمهم عقارًا والباقى إلى[١] نظر الإمام.

الثانى: قوله: والباقى بالعقار لشاهد الحرب، يوهم أن الباقى مع العقار كله لشاهد الحرب، وإن لم يرد ذلك، وإنما أراد: والباقى مع العقار الباقى.

الثالث: قوله: والأسير العائد، والكافر إذا أسلم، وعطفه على قوله: لشاهد الحرب، فاقتضى أنه يسهم لهما وإن لم يشهدا[٢] الحرب، وليس كذلك، بل لابد من شهوده.

الرابع: إطلاقه فى الأسير العائد، أو الكافر إذا أسلم أنه سهم له من مال الغنيمة مطلقًا، وليس كذلك، بل ما أحرز بعد حضورهما كما ذكره فى العزيز والروضة.

وقوله: ولا أجير عين، وتاجر ومحترف، إلا إن قاتلوا، وطرد مخذل ومنع.

أى: إذا استأجر الإمام أو أحد الغزاة رجلا لخياطة أو لسياسة الدواب، أو غير ذلك فحضر القتال، وادعى أنه حضر للقتال، نظرت: فإن كان مستأجرًا على عمل فى الذمة صدق وأعطى؛ لأنه يمكنه أن يستأجر من يعمل عنه، وإن استأجر عينه لذلك لم يصدق أنه حضر للقتال، نعم إن قاتل استحق وعلمنا أنه حضر له، واعلم أن الرافعى قال فى الأجير[٣]: إن كانت لعمل فى الذمة بغير تعيين مدة أعطى قطعًا، وإن تعلقت بمدة معينة باستئجاره شهرًا، فالأظهر أنه إن قاتل أسهم له وإلا فلا، قال فى المهمات: لابد فى المسألة من شرط آخر وهو أن تكون الإجارة على العين؛ لأن العمل إذا كان دينًا فى الذمة صح أن نقيم فيه غيره. فقول صاحب المهمات: لابد فى المسألة من شرط آخر، فيه أمران:

الأول: أن الرافعى فرض المسألة فيما إذا كانت لعمل فى الذمة، فكيف يتصور أن يؤيد فى الإجارة على العمل فى الذمة شرطًا آخر وهو أن تكون الإجارة على العين.

الثانى: أنه إذا كانت الإجارة على العين سواء قدرت بالمدة أو بالعمل، فالعمل مستحق عقيب العقد لا يجوز تأجيله فلا يحتاج إلى الشرط الأول وهو تعيين المدة، والذى قاله الرافعى: إن الإجارة على العمل فى الذمة إذا تعلقت بمدة معينة لا يعطى صاحبها إلا إذا قاتل، اعتراض صاحب المهمات عليه صحيح؛ لأن العمل إذا كان فى ذمته صح أن يقيم فيه غيره، وإن كانت المدة معينة، فالتقييد بإجارة العين كاف، وقد أهمل هذا القيد فى الحاوى.

---

(١) فى ط: فى.
(٢) فى ط: لم يشهد.
(٣) فى ط: الرافعى فى الوجيز قال.

واعلم أن التاجر والمحترف - كالحداد والخياط ومن يكتسب فى الجيش - لا يصدقون أيضًا أنهم حضروا للقتال حتى يقاتلوا فيعلم أنهم خرجوا لذلك فيعطون.

وأما المخذل وهو من يكثر الأراجيف بقوة العدو وشدة الحر وما فى معناه، مما يثبط به الجيش ويضعف هممهم فإنه لا يعطى شيئًا، بل يجب طرده من الجيش.

وقوله: والجيش الغازى وسراياه شركاء.

أى: إذا دخل الإمام أو نائبه دار الحرب وبعث سرية من الجيش فغنمت شاركها الجيش وشاركته، وكذلك إذا بعث سرايا فكل منها شريك الآخر وشريك الجيش؛ لأن الجيش كالجامع لهم، وشرط الغزالى أن يكون الجيش بالقرب من السرية، بحيث يلحقهم مدده وعونه إن احتاجوا، قال الرافعى: ولم يتعرض أكثرهم لذلك بل اكتفوا باجتماعهم فى دار الحرب، وأما إذا بعث الإمام سرايا من بلاد الإسلام وكل[(١)] سرية مستقلة بنفسها، فلا[(٢)] يشاركها الجيش المقيمون.

وقوله فى الحاوى: ويشارك فى غنيمة السرية[(٣)] جيش الإمام المترصد بالقرب للنصرة، فيه أمور:

أحدها: أنه ذكر أن الجيش شارك السرية فيما غنمت، ولم يذكر أن السرية تشاركه فيما غنم.

الثانى: لم يذكر أنه إذا بعث الإمام من الجيش سرايا أن كلًّا منها تشارك الجيش والأخرى، ولابد من ذلك.

الثالث: أنه اشترط أن يكون الجيش قريبًا مترصدًا للنصرة، وقد بينا أن ذلك غير مشروط عند الأكثرين.

وقوله: لراجل سهم، وذى فرس، لا رازح وإن غصبه لا ممن حضر ثلاثة، وباجتهاد رضخ[(٤)] [الإمام][(٥)] لغير فرس ولذمى أذن له ولم يستأجره، وعبد وصبى وامرأة أقل من سهم.

---

(١) فى ط: فكل.

(٢) فى ط: ولا.

(٣) فى ط: ويشارك الغنيمة السرية.

(٤) هو العطاء غير الكثير، واصطلاحا: مال من الغنيمة لا يزيد على سهم واحد من الغانمين، تقديره إلى ولى الأمر، أو من ينوب عنه كقائد الجيش يعطى لمن حضر المعركة، وأعان على القتال، من النساء، والصبيان، ونحوهم، وكذلك الذميون والعبيد بقدر ما يبذلون من جهد، مثل مداواة الجرحى والمرضى، والدلالة على الطريق، وغير ذلك.

(٥) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

أى: إذا قسمت الغنيمة أعطى الراجل سهما واحدًا، ولا ينقص منه إن زاد على كفايته، ولا يزاد عليه إن نقص.

ويفضل عليه الفارس بسهمين للفرس، فيعطى ثلاثة أسهم سواء كان الفرس عربيًّا أو أعجميًّا وهو البرذون، أو هجينا وهو العربى ابن العجمية، أو مقرفا وهو عكسه؛ لعموم قوله ﷺ: «الخيل معقود فى نواصيها الخير إلى يوم القيامة»[1] الأجر والمغنم، وسواء كان الفرس ملكًا للفارس، أو عارية أو إجارة أو غصبا، وهذا إذا لم يشهد مالكه الواقعة، أما إذا شهدها فهو تابع له؛ لأن من شهدها أعطى للفرس وإن لم يقاتل عليه كما ذكره فى الروضة.

ولا يسهم للفرس الرازح وهو شديد الهزال والعجف، وكذا الكسير والهرم والصغير والضعيف، وأما غير الفرس من الفيل والبعير والبغل والحمار فيسهم لراكبها ويرضخ لها؛ لأنها لا تصلح للكر والفر، فيرضخ للحمار دون البغل والبغل دون الفيل، ولا يبلغ به سهم الفرس، ويرضخ للعبد والصبى والمرأة، وكذا الذمى إذا خرج بإذن الإمام وإلا فلا، وهذا إذا لم يستأجر فإن استؤجر لم يستحق غيرها، ولا يبلغ بالرضخ سهم الراجل وإن كان فارسًا، ولكن يزاد فى الرضخ على مثله الراجل، وهذا الرضخ للجميع باجتهاد الإمام.

وقوله فى الحاوى: وللعبد والصبى والمرأة والذمى - إن أذن له الإمام - سهم ناقص بتقدير الإمام، ولراكب فرس ملك وغيره، لا أعجف ثلاثة أسهم ولغيره واحد، فيه أمور:

أحدها: قوله: والذمى إن أذن له ليس على إطلاقه، بل ذلك إن لم يستأجر، وإلا فلا يستحق إلا الأجرة.

الثانى: قوله: ملك وغيره، دخل فيه المغصوب وهذا إذا لم يشهد مالكه الواقعة، أما إذا شهد صاحبها الواقعة فالسهم له كما سبق بيانه.

الثالث: قوله: لا أعجف، ليس كل أعجف يمنع، وإنما يمنع الرازح من العلف[2].

الرابع: قوله: أو لغير واحد، أراد بالغير الراجل وراكب الفيل ونحوه، ولم يبين أنه يرضخ لهذه الركائب، والأصح أن الرضخ مستحق لا مستحب.

وقوله: وشرط لمخاطر أجرًا، من حاصل المصالح، وكذا مما يحصل إن قدر يجزى[3].

---

(١) أخرجه البخارى (٢٨٥٢) ومسلم (٩٧/ ١٨٧٢).

(٢) فى ط: العجف.

(٣) فى متن «الإرشاد»: بجزء.

أى: باجتهاد شرط الإمام، أشار بهذا إلى النفل، وهو زيادة شرطها الإمام أو نائبه لمن ارتكب فى نكاية العدو أو فى مصلحة المسلمين خطرًا؛ حيث تدعو الحاجة إليه، وسواء كان المخاطر واحدًا أو جماعة، فيفعل الإمام باجتهاده على قدر خطر العمل، ومحل النفل سهم المصالح، فإن شرطه من مالها المعد فلابد من تقديره كسائر الأعواض، وإن كان من سهم الذى يحصل فى الغنيمة قدر بالجزئية، فيقال: ربع ما يحصل من سهم المصالح أو نصفه أو خمسه على مايراه الإمام.

وقد أطلق فى الحاوى: كونه من مال المصالح المعد أو المأخوذ، ولم يبين أن الأول يقدر وأن التقدير فيما يغنم بالجزئية.

وقوله: وقسمت كلاب عددًا، وإلا أقرع.

أى: إذا كانت فى الغنيمة كلاب ينتفع بها للصيد والزرع ونحوه فأخذها بعضهم ولم ينازع ترك، وإن نوزع فيها وكانت بعددهم اقتسموها عددًا، وإن لم يكن بعددهم أخذها بعضهم بالقرعة. والله تعالى أعلم.



قسم الصدقات

وقوله: باب: الزكاة للفقير، من عدم ما يسد مسدًّا من مال، وقريب وزوج وكسب، لامزر ومانع نفقة، وللمسكين، من وجده ولم يكفه، فيغنى كل، وصدقا، لا فى تلف وولد ولا يمين.

أى: اعلم أن المراد من هذا الباب بيان مصارف الزكاة، قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلْفُقَرَآءِ . . .﴾ [التوبة: ٦٠] الآية، فهم أصناف ثمانية:

الأول: الفقراء فكل من لا يجد ما يسد مسدًّا من حاجته فهو فقير، فمن كان يحتاج عشرة وله درهمان أو ثلاثة فهو فقير؛ لأنها لا تسد مسدًّا من حاجته ولا تقع موقعًا من كفايته، وكذا لو ملك دارًا يسكنها أو ثوبًا يتجمل به أو عبدًا يخدمه ولا يزول به اسم الفقير عنه، قال الرافعى: و [لا][(١)] يمكن أن يقال: إن المال المستغرق بالدين كالمعدوم، وفى الفتاوى للبغوى: أنه لا يعطى حتى يصرفه فى الدين ويعطى من ماله بعبد أو دين مؤجل حتى يصل إلى ماله ويحل دينه، وإذا كان للفقير قريب يلزمه نفقته أو كان لها زوج غنى فلا حق لهما، أى من سهم الفقراء من الزكاة ولا من الموقوف عليهم ولا الموصى لهم به.

وإن نشزت المرأة لم تعط على الصحيح؛ لأنها قادرة على الرجوع، إلا إذا كان نشوزها بالسفر فإنها تعطى ما يوصلها بعد بذل الطاعة.

ومن قدر على الكفاية بالكسب وكان لايرى الاكتساب لم يعط، إلا إذا كان يشغله عن النفقة فى طلب العلوم الشرعية، فإنه يعطى ليتفرغ لذلك؛ لأنه من الفروض، وإن شغله عن التنفل[(٢)] بالصلاة والصوم وطلب لم يعط بل يكتسب، والاكتساب أفضل من التخلى للعبادة اتكالا على السؤال، ولا يرفع عنه اسم الفقير قدرته على اكتساب لا يليق بمنصبه.

الثانى: المسكين: وهو من يجد ما يسد من حاجته لكنه لا يكفيه، فمن احتاج إلى عشرة فوجد سبعة أو ثمانية فهو مسكين، ولا فرق بين أن يملك نصابًا أو أقل أو أكثر، والمسكين عندنا أحسن حالا من الفقير[(٣)]، بدليل قوله تعالى: ﴿أَمَّا ٱلسَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَٰكِينَ

---

(١) سقط فى ط.

(٢) فى ط: عن الشغل.

(٣) الفقراء والمساكين هم أهل الحاجة الذين لا يجدون ما يكفيهم، وإذا أطلق لفظ (الفقراء) وانفرد دخل فيهم (المساكين)، وكذلك عكسه، وإذا جمع بينهما فى كلام واحد، كما فى آية مصارف الزكاة، تميز كل منهما بمعنى. وقد اختلف الفقهاء فى أيهما أشد حاجة، فذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الفقير أشد حاجة من المسكين، واحتجوا بأن الله تعالى قدم ذكرهم فى الآية، وذلك يدل على أنهم أهم وبقوله تعالى: ﴿أَمَّا ٱلسَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَٰكِينَ يَعْمَلُونَ فِى ٱلْبَحْرِ﴾. فأثبت لهم وصف المسكنة مع كونهم يملكون سفينة ويحصلون نولا، واستأنسوا لذلك أيضا بالاشتقاق، فالفقير لغة: فعيل بمعنى =

يَعۡمَلُونَ فِي ٱلۡبَحۡرِ﴾ [الكهف: ٧٩] ولقوله ﷺ: «اللهم أحينى مسكينًا وأمتنى مسكينًا»[(١)] مع أنه كان يتعوذ من الفقر، وليس المراد بالحاجة الطعام فقط، بل يلتحق به اللبس والمسكن وسائر ما لابد منه من غير تقتير ولا إسراف، ثم يعطى كل من الفقير والمسكين ما يغنيه فى عمره الغالب عن السؤال، ويختلف ذلك باختلاف الناس، فيعطى التاجر رأس مال على قدر تجارته ما يكفيه ربحه غالبًا، والمحترف يعطى ما يشترى به الآلة، وتشترى لمن لا حرفة له ولا تجارة أرض تكفيه غلتها، ومن ادعى الفقر والمسكنة صدق بلا يمين، فإن عرف له مال وادعى تلفه أو ادعى الفقير عيالا لم يصدق فيهما إلا ببينة.

وقوله فى الحاوى: وبقولهما كفاية سنة وحلف ندبا إن اتهم، فيه أمور:

أحدها: قوله: إنهما يعطيان بقولهما، ليس على إطلاقه، بل إذا ادعيا ذلك، ولم يعلم لهما مال، أما إذا كان قد علم لهما مال فادعيا تلفه لم يقبل قولهما، إلا ببينة، ذكره فى العزيز والروضة.

الثانى: قوله: كفاية سنة، هذا وجه، والأصح أنه يعطى كفاية العمر كما قاله العراقيون[(٢)]،

= مفعول، وهو من نزعت بعض فقار صلبه، فانقطع ظهره، والمسكين مفعيل من السكون، ومن كسر صلبه أشد حالا من الساكن. وذهب الحنفية والمالكية إلى أن المسكين أشد حاجة من الفقير، واحتجوا بأن الله تعالى قال: ﴿أَوۡ مِسۡكِينٗا ذَا مَتۡرَبَةٖ﴾. وهو المطروح على التراب لشدة جوعه، وبأن أئمة اللغة قالوا ذلك، منهم الفراء وثعلب وابن قتيبة، وبالاشتقاق أيضا، فهو من السكون، كأنه عجز عن الحركة فلا يبرح. ونقل الدسوقى قولا أن الفقير والمسكين صنف واحد، وهو من لا يملك قوت عامه، سواء كان لا يملك شيئا أو يملك أقل من قوت العام.

واختلف الفقهاء فى حد كل من الصنفين: فقال الشافعية والحنابلة: الفقير من لا مال له ولا كسب يقع موقعا من حاجته، كمن حاجته عشرة فلا يجد شيئا أصلا، أو يقدر بماله وكسبه وما يأتيه من غلة وغيرها على أقل من نصف كفايته. فإن كان يجد النصف أو أكثر ولا يجد كل العشرة فمسكين. وقال الحنفية والمالكية: المسكين من لا يجد شيئا أصلا فيحتاج للمسألة وتحل له. واختلف قولهم فى الفقير: فقال الحنفية: الفقير من له أدنى شىء وهو ما دون النصاب، فإذا ملك نصابا من أى مال زكوى فهو غنى لا يستحق شيئا من الزكاة، فإن ملك أقل من نصاب فهو غير مستحق، وكذا لو ملك نصابا غير نام وهو مستغرق فى الحاجة الأصلية، فإن لم يكن مستغرقا منع، كمن عنده ثياب تساوى نصابا لا يحتاجها، فإن الزكاة تكون حراما عليه، ولو بلغت قيمة ما يملكه نصابًا فلا يمنع ذلك كونه من المستحقين للزكاة إن كانت مستغرقة بالحاجة الأصلية كمن عنده كتب يحتاجها للتدريس، أو آلات حرفة، أو نحو ذلك.

وقال المالكية: الفقير من يملك شيئا لا يكفيه لقوت عامه.

(١) أخرجه الترمذى (٢٣٥٢) وابن ماجه (٤١٢٢).

(٢) ذهب الجمهور (المالكية وهو قول عند الشافعية وهو المذهب عند الحنابلة) إلى أن الواحد من أهل الحاجة المستحق للزكاة بالفقر أو المسكنة يعطى من الزكاة الكفاية أو تمامها له ولمن يعوله عاما كاملا، ولا يزاد عليه، إنما حددوا العام لأن الزكاة تتكرر كل عام غالبا، ولأن «النبى صلى الله عليه =

ونص عليه الشافعي رحمه الله تعالى، ونقله الشيخ نصر[١] المقدسي[٢] عن جمهور الأصحاب.

الثالث: قوله: وحلف ندبًا إن اتهم، **الأصح في العزيز والروضة: لا يحلف، بل قال: فإذا قلنا: يحلف فهل هو مستحب أو واجب؟ وجهان، فهذا كما قاله ابن النحوي وجه على وجه.**

وقوله: وللعامل أجر مثل، كساع فقيه بها أهل للشهادات وكاتب لا إمام وقاض.

أي: والزكاة للعامل أيضًا، وهو ثالث الأصناف، فالعامل لا يستحق في الزكاة إلا بالعمل، حتى لو حملوا زكاتهم بأنفسهم إلى الإمام بطل اسمه، وليس له منها إلا أجرة المثل، فإن سماها لهم الإمام قبل الخروج فذاك، وإن سكت استحقوها، وإن كان قد سمى لهم أكثر من أجرة المثل بطلت القسمة[٣]، ثم ما زاد على الأجرة رد على الأصناف، وما نقص منها كمل من سهامهم، فمن جنس العامل: الساعي وأعوانه وهم: الكاتب والقاسم والحاشر، وهو الذي يجمع أرباب الأموال، والعريف، وهو المعرف لهم، والحاسب، والحافظ، كل يعطى أجرته، ويشترط في الساعي أن يكون ذكرًا عدلاً فقيهًا بأبواب الزكاة، ونقل عن بعضهم جواز كونه امرأة مع الكراهية، وكلامهم موافق لمفهوم كلام الحاوي، فإنه قال: أهل الشهادة، وقد اعترض عليه بعض الشراح، فقال: لو

= وسلم ادخر لأهله قوت سنة». وسواء كان ما يكفيه يساوي نصابا أو نصبا. وإن كان يملك أو يحصل له بعض الكفاية أعطى تمام الكفاية لعام. وذهب الشافعية في قول منصوص والحنابلة في رواية إلى أن الفقير والمسكين يعطيان ما يخرجهما من الفاقة إلى الغنى وهو ما تحصل به الكفاية على الدوام، لحديث قبيصة مرفوعا «إن المسألة لا تحل إلا لثلاثة: رجل أصابته جائحة اجتاحت ماله فحلت له المسألة حتى يصيب قواما من عيش، أو قال: سدادا من عيش..» الحديث. قالوا: فإن كان من عادته الاحتراف أعطى ما يشترى به أدوات حرفته قلت قيمتها أو كثرت بحيث يحصل له من ربحه ما يفي بكفايته غالبا تقريبا، وإن كان تاجرا أعطى بنسبة ذلك، وإن كان من أهل الضياع يشترى له ضيعة تكفيه غلتها على الدوام. قال بعضهم: يشتريها له الإمام ويلزمه بعدم إخراجها عن ملكه. وذهب الحنفية إلى أن من لا يملك نصابا زكويا كاملا يجوز أن يدفع إليه أقل من مائتى درهم أو تمامها. ويكره أكثر من ذلك، وقال زفر: لا يجوز تمام المائتين أو أكثر. وهذا عند الحنفية لمن لم يكن له عيال ولا دين عليه، فإن كان له عيال فلكل منهم مائتا درهم، والمدين يعطى لدينه ولو فوق المائتين.

(١) في ط: الشيخ أبومنصور.

(٢) هو: عبد السيد بن محمد بن عبد الواحد بن محمد بن أحمد بن جعفر، أبو نصر ابن الصباغ البغدادي فقيه العراق، مولده سنة أربعمائة كان خيرًا دينًا، ورعًا، نزهًا، ثبتًا، صالحًا، زاهدًا، فقيهًا، أصوليًا، محققًا، قال ابن عقيل: كملت له شرائط الاجتهاد المطلق. من تصانيفه كتاب «الشامل»، و«الكامل في الخلاف بين الشافعية والحنفية»، وكتاب «الطريق السالم»، وغير ذلك، توفي في جمادى الأولى، وقيل: في شعبان - سنة سبع وسبعين وأربعمائة.

تنظر ترجمته في: طبقات ابن قاضي شهبة (١/ ٢٥١)، طبقات السبكي (٣/ ٨٥).

(٣) في ط: التسمية.

قال: أهل للشهادات لكان أولى لتخرج المرأة، ولا حق فيها للإمام والقاضى، وأما أجرة الكيال والوزان وعاد الغنم فعلى المالك؛ لأنها لتوفية الواجب والتوفية على المالك[(١)].

وقوله: وللمؤلف، ما رأى الإمام، وهو ضعيف إسلام، أو شريف يرجى إسلام نظرائه، أو مثاغر لكافر، ومانع زكاة، كفانا بمؤنة أقل، وصدق الأول.

أى: وللمؤلفة من الزكاة ما رأى الإمام[(٢)]، والمؤلفة أصناف:

فأولهم: قوم دخلوا فى الإسلام ونيتهم فيه ضعيفة فيؤلفون بالإعطاء من الزكاة، لا من

---

(١) يجوز إعطاء العاملين على الزكاة منها. ويشترط فى العامل الذى يعطى من الزكاة شروط تقدم بيانها. ولا يشترط فيمن يأخذ من العاملين من الزكاة الفقر؛ لأنه يأخذ بعمله لا لفقره. وقد قال النبى: «لا تحل الصدقة لغنى إلا لخمسة. . فذكر منهم العامل عليها». قال الحنفية: يدفع إلى العامل بقدر عمله فيعطيه ما يسعه ويسع أعوانه غير مقدر بالثمن، ولا يزاد على نصف الزكاة التى يجمعها وإن كان عمله أكثر. وقال الشافعية والحنابلة: للإمام أن يستأجر العامل إجارة صحيحة بأجر معلوم، إما على مدة معلومة، أو عمل معلوم. ثم قال الشافعية: لا يعطى العامل من الزكاة أكثر من ثمن الزكاة، فإن زاد أجره على الثمن أتم له من بيت المال. وقيل: من باقى السهام. ويجوز للإمام أن يعطيه أجره من بيت المال. وله أن يبعثه بغير إجارة ثم يعطيه أجر المثل. وإن تولى الإمام، أو والى الإقليم أو القاضى من قبل الإمام أو نحوهم أخذ الزكاة وقسمتها لم يجز أن يأخذ من الزكاة شيئا؛ لأنه يأخذ رزقه من بيت المال وعمله عام.

(٢) اختلف الفقهاء فى صنف المؤلفة قلوبهم: فالمعتمد عند كل من المالكية والشافعية والحنابلة أن سهم المؤلفة قلوبهم باق لم يسقط. وفى قول عند كل من المالكية والشافعية ورواية عند الحنابلة: أن سهمهم انقطع لعز الإسلام، فلا يعطون الآن، لكن إن احتيج لاستئلافهم فى بعض الأوقات أعطوا. قال ابن قدامة: لعل معنى قول أحمد: انقطع سهمهم، أى لا يحتاج إليهم فى الغالب، أو أراد أن الأئمة لا يعطونهم اليوم شيئا، فأما إن احتيج إلى إعطائهم جاز الدفع إليهم، فلا يجوز الدفع إليهم إلا مع الحاجة. وقال الحنفية: انعقد الإجماع على سقوط سهمهم من الزكاة لما ورد أن الأقرع ابن حابس وعيينة بن حصن جاءا يطلبان من أبى بكر أرضا، فكتب لهما بذلك، فمرا على عمر، فرأى الكتاب فمزقه، وقال: هذا شىء كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطيكموه ليتألفكم، والآن قد أعز الله الإسلام وأغنى عنكم، فإن ثبتم على الإسلام، وإلا فبيننا وبينكم السيف، فرجعا إلى أبى بكر، فقالا، ما ندرى: الخليفة أنت أم عمر؟ فقال: هو إن شاء، ووافقه. ولم ينكر أحد من الصحابة ذلك

ثم اختلفوا: ففى قول للمالكية: المؤلفة قلوبهم كفار يعطون ترغيبا لهم فى الإسلام لأجل أن يعينوا المسلمين، فعليه لا تعطى الزكاة لمن أسلم فعلا. وقال الشافعية: لا يعطى من هذا السهم لكافر أصلا؛ لأن الزكاة لا تعطى لكافر، للحديث: «تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم» بل تعطى لمن أسلم فعلا، وهناك أقوال أخرى للشافعية. وقال الحنابلة: يجوز الإعطاء من الزكاة للمؤلف مسلما كان أو كافرا. وعند كل من الشافعية والمالكية أقوال بمثل هذا. قال ابن قدامة: المؤلفة قلوبهم ضربان: كفار ومسلمون، وهم جميعا السادة المطاعون فى قومهم وعشائرهم. ثم ذكر المسلمين منهم فجعلهم أربعة أضرب: ١ - سادة مطاعون فى قومهم أسلموا ونيتهم ضعيفة فيعطون تثبيتا لهم. ٢ - قوم لهم شرف ورياسة أسلموا ويعطون لترغيب نظرائهم من الكفار ليسلموا. ٣ - صنف يراد بتألفهم أن يجاهدوا من يليهم من الكفار، ويحموا من يليهم =

سهم المصالح؛ ليثبتوا على الإسلام، وقد أعطى رسول الله ﷺ عيينة بن حصن، والأقرع ابن حابس[(١)]، لهذا المعنى.

الثانى: مسلم شريف فى قومه يتوقع بإعطائه إسلام نظرائه، فيعطى أيضًا من الزكاة، وقد أعطى[(٢)] رسول الله ﷺ عدى بن أبى حاتم الطائى والزبرقان بن بدر[(٣)]، لهذا المعنى.

الثالث: قوم مسلمون يراد بتأليفهم أن يجاهدوا من يليهم من الكفار، أو من مانعى الزكاة فيعطيهم الإمام من الزكاة، لا من سهم المصالح، ولا من سهم سبيل الله، وإنما يعطون؛ حيث يكون إعطاؤهم أهون من بعث جيش، وأما الكفار فلا يتألف منهم أحد على الصحيح؛ لأن الله تعالى قد أعز الإسلام.

فالصنف الأول من المؤلفة يصدق إذا ادعى ضعف إسلامه بلا يمين، ولا يقبل دعوى الشريف الشرف، و [لا][(٤)] من يلى الكفار إلا ببينة.

وقوله فى الحاوى: بالبينة، بعد قوله: وشريف، لا يشمل ما بعده، وهو المتألف على جهاد الكفار.

وقوله: وللرقاب صحيح كتابة عجز، فيعطى، أو سيده بإذنه دينه، ولو بتصديق خصم، أو إشاعة، كغارم ولو قبل حلول، ورد إن رق أو أعتق وضمن إن تلف لا قبل عتق.

أى: والزكاة للرقاب أيضًا، وهذا هو الصنف الخامس، والمراد: كل مكاتب صحيح الكتابة عجز عن تسليم ما عليه فيعطى قدر دينه، كما يعطى الغارم العاجز عن قضاء دينه، فإن كان بيده ما يفى بدينه لم يعط وإلا تمم له، وليس لسيده أن يصرف زكاته إليه لتعود الفائدة إليه، ويجوز أن يعطى المكاتب بغير إذن سيده؛ لأن الاستحقاق له، والأحوط أن يصرف إلى سيده بإذنه، ولا يجوز بغير إذنه لكنه يسقط عنه من النجوم بقدر ما صرف إليه،

= من المسلمين. ٤ - صنف يراد بإعطائهم من الزكاة أن يجبوا الزكاة ممن لا يعطيها. ثم ذكر ابن قدامة الكفار فجعلهم ضربين: ١ - من يرجى إسلامه فيعطى لتميل نفسه إلى الإسلام. ٢ - من يخشى شره ويرجى بعطيته كف شره وكف غيره معه.

(١) أخرجه مسلم (١٣٧/ ١٠٦٠) عن رافع بن خديج قال: «أعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا سفيان بن حرب وصفوان بن أمية وعيينة بن حصن والأقرع بن حابس كل إنسان منهم مائة من الإبل وأعطى عباس بن مرداس دون ذلك...» الحديث.

(٢) ذكره الحافظ فى التلخيص (٣/ ٢٣٥) وقال عن عطائه ﷺ لعدى بن حاتم:
هذا عده النووى من أغلاط المهذب ولا يعرف مرفوعًا وإنما يعرف عن عمر، ووهم ابن معن فزعم أنه فى الصحيحين، وقال عن عطائه للثانى:
وهذا عده النووى من أغلاط الوسيط ولا يعرف ووهم ابن معن فزعم أنه فى الصحيحين.

(٣) فى أ: زيد.

(٤) سقط فى ط.

كمن قضى دين غيره بلا إذن، فلا يعطى المكاتب والغارم إلا إن أثبتا أو صدقهما السيد أو الخصم أو الاستفاضة، ويعطى المكاتب سواء حلت النجوم أم لا؛ لأنه قد تعذر الأداء عند الحلول.

فإن عجز نفسه ورق أو أعتق تطوعا، أو أدى من غير مال الزكاة نظرت: فإن كان باقيًا لزمه رده، وإن كان تالفًا وجب ضمانه، إلا إذا أعتق العبد(١) وكان المال قد تلف قبل عتقه فإنه لا يضمنه، سواء أتلفه هو أو تلف بآفة سماوية، ومتى ضمناه وهو رقيق فالضمان متعلق بذمته لا رقبته على الأصح(٢).

وقوله: ولغارم ادَّانَ لإصلاح وإن غنى، أو لنفسه ولو لإثم، فتركه، أو تاب، إن أعسر وحل، كضامن لا بموسر(٣) يغرم.

أى: والزكاة للغارم أيضًا وهو الصنف السادس، والمراد بالغارم: الذى ادَّانَ لأحد هذه الأشياء، فمن غرم لإصلاح ذات البين من مال نفسه ولم يدن له فلا يعطى، والغارم لإصلاح ذات البين كمن تحمل دية بين قبيلتين متشاجرتين، وكذا من تحمل قيمة مال فتلف على الأصح، فمثل هذا يعطى لقضاء ما ادان، وإن كان غنيًّا بالنقد والعروض، وأما الذى ادان فى مصالح نفسه وحوائجها فلا يعطى إلا إذا كان معسرًا وادان لمباح، كالتفسح فى الملبس والمأكل والنكاح، وأما من ادان لمعصية فلا يخلو: أن يصرف ما ادانه فيها، أو

---

(١) فى ط: إلا عتق العبد.

(٢) الرقاب: ثلاثة أضرب: الأول: المكاتبون المسلمون: فيجوز عند الجمهور الصرف من الزكاة إليهم، إعانة لهم على فك رقابهم ولم يجز ذلك مالك، كما لم يجز صرف شيء من الزكاة فى إعتاق من انعقد له سبب حرية بغير الكتابة، كالتدبير والاستيلاد والتبعيض. فعلى قول الجمهور: إنما يعان المكاتب إن لم يكن قادرا على الأداء لبعض ما وجب عليه، فإن كان لا يجد شيئا أصلا دفع إليه جميع ما يحتاج إليه للوفاء. الثانى: إعتاق الرقيق المسلم، وقد ذهب إلى جواز الصرف من الزكاة فى ذلك المالكية وأحمد فى رواية، وعليه فإن كانت الزكاة بيد الإمام أو الساعى جاز له أن يشترى رقبة أو رقابا فيعتقهم، وولاؤهم للمسلمين. وكذا إن كانت الزكاة بيد رب المال فأراد أن يعتق رقبة تامة منها، فيجوز ذلك لعموم الآية ﴿وَفِي ٱلرِّقَابِ﴾ ويكون ولاؤها عند المالكية للمسلمين أيضا، وعند الحنابلة: ما رجع من الولاء رد فى مثله، بمعنى أنه يشترى بما تركه المعتق ولا وارث له رقاب تعتق. وعند أبى عبيد: الولاء للمعتق. وذهب الحنفية والشافعية وأحمد فى رواية أخرى إلى أنه لا يعتق من الزكاة؛ لأن ذلك كدفع الزكاة إلى القن، والقن لا تدفع إليه الزكاة؛ ولأنه دفع إلى السيد فى الحقيقة، وقال الحنفية: لأن العتق إسقاط ملك، وليس بتمليك، لكن إن أعان من زكاته فى إعتاق رقبة جاز عند أصحاب هذا القول من الحنابلة. الثالث: أن يفتدى بالزكاة أسيرا مسلما من أيدى المشركين، وقد صرح الحنابلة وابن حبيب وابن عبد الحكم من المالكية بجواز هذا النوع؛ لأنه فك رقبة من الأسر، فيدخل فى الآية بل هو أولى من فك رقبة من بأيدينا. وصرح المالكية بمنعه.

(٣) فى متن «الإرشاد»: لموسر.

يتركها ويصرفه فى غيرها، فهذا كما قاله الإمام يعطى، وكذا عكسه وهو من اداى لمباح ثم صرفه فى معصية وفيه احتمال للإمام، وأما من اداى لمعصية وصرفه فيها فالأصح أنه إذا تاب وغلب على الظن صدقه أعطى وإلا فلا، وإنما يعطى إذا حل دينه، أما إذا كان دين الغارم مؤجلا فإنه لا يعطى على الأصح، كالضامن بالدين فإنه لا يعطى إلا إن أعسر وكان من ضمن به معسرًا أو موسرًا لا يرجع عليه، كمن ضمن بغير إذن فإنه يغرم ولا يرجع على الصحيح.

وقوله فى الحاوى: فإن رق أو أعتق غرم إلى قوله: قد رد منهما بشاهدين، فيه أمور:

أحدها: قوله: فإن رق أو أعتق غرم، فيه تسامح، فإنه لا يغرم إلا إذا تلف أو غصب، أما إذا كان باقيًا فإنه يجب رده، فلو قال: ضمن لكان أعم.

الثانى: قوله: لمباح، الأصح أنه إذا استدان فى معصية لم يشترط إلا التوبة، فإذا تاب أعطى على الأصح.

الثالث: أنه إذا استدان لمعصية وصرفه فى مباح، فالأصح أنه يعطى.

الرابع: إطلاقه أن الضامن لا يعطى إلا إذا أعسر هو والمضمون له، وليس على إطلاقه، بل ذلك إذا كان له الرجوع على الموسر، أما من ضمن بغير إذن فإنه يعطى؛ لأنه ليس له الرجوع على الأصح.

الخامس: أنه سكت عن[1] اشتراط الحلول هنا، وصرح القونوى فى شرحه أنه لا يشترط ذلك على الصحيح، والذى صححه النووى فى الروضة أنه يشترط الحلول وكذلك القمولى فى الجواهر، والفرق بينه وبين المكاتب حيث لم يشترط فيه الحلول: ما هناك من الحرص على تعجيل العتق[2].

---

(١) فى ط: على.

(٢) الغارمون المستحقون للزكاة ثلاثة أضرب: الضرب الأول: من كان عليه دين لمصلحة نفسه. وهذا متفق عليه من حيث الجملة، ويشترط لإعطائه من الزكاة ما يلى: ١ - أن يكون مسلما. ٢ - ألا يكون من آل البيت، وعند الحنابلة قول: بجواز إعطاء مدين آل البيت منها. ٣ - واشترط المالكية ألا يكون قد استدان ليأخذ من الزكاة، كأن يكون عنده ما يكفيه وتوسع فى الإنفاق بالدين لأجل أن يأخذ منها، بخلاف فقير استدان للضرورة ناويا الأخذ منها. ٤ - وصرح المالكية بأنه يشترط أن يكون الدين مما يحبس فيه، فيدخل فيه دين الولد على والده، والدين على المعسر، وخرج دين الكفارات والزكاة. ٥ - ألا يكون دينه فى معصية، وهذا عند المالكية والشافعية والحنابلة، كأن يكون بسبب خمر، أو قمار، أو زنى، لكن إن تاب يجوز الدفع إليه، وقيل: لا. ورجح المالكية الأول، وعد الشافعية الإسراف فى النفقة من باب المعصية التى تمنع الإعطاء من الزكاة. ٦ - أن يكون الدين حالا، صرح بهذا الشرط الشافعية، قالوا: إن كان الدين مؤجلا ففى المسألة ثلاثة أقوال =

وقوله: ولسبيل الله غاز تطوع ولو غنيًّا كفايته [حتى يعود][(١)] مع فرس وسلاح ولو عارية.

أى: والزكاة لسبيل الله تعالى وهذا هو الصنف السابع، والمراد كل غاز متطوع ولا يأخذ مع المرتزقة من الفىء شيئًا، وأما المرتزقة فلا يعطون من الزكاة، بل إن عدم الفىء أعانهم المسلمون، ويعطى المتطوع مع الغنى؛ لقوله ﷺ: «لا تحل الصدقة لغنى إلا لخمسة: لغاز فى سبيل الله تعالى، أو لعامل عليها، أو لغارم، أو لرجل أسر بماله[(٢)]، أو لرجل له جار مسكين تصدق عليه، أو أهدى المسكين للغنى»[(٣)]، ويشترى له الفرس وما يحتاج إليه من آلة الحرب، ويملكه إن اتسع المال ورأى الإمام ذلك، وإلا أعطاه ذلك عارية بحسب المصلحة.

وقوله فى الحاوى: يملك أو يعار الفرس والسلاح والنفقة، فيه أمور:

أحدها: أنه لم يذكر الكسوة ولابد منها للغازى كالنفقة.

الثانى: أنه لم يبين مدة النفقة ولا قدرها، وهى الكفاية التامة مدة الذهاب والإقامة والرجوع، وقيل: لا يعطى إلا ما زاد على مؤنة الحضر.

الثالث: ما فى معنى العبارة من التساهل[(٤)]؛ لأن العارية مختصة بالسلاح والفرس دون

= ثالثها: إن كان الأجل تلك السنة أعطى، وإلا فلا يعطى من صدقات تلك السنة. ٧ - ألا يكون قادرا على السداد من مال عنده زكوى أو غير زكوى زائد عن كفايته، فلو كان له دار يسكنها تساوى مائة وعليه مائة، وتكفيه دار بخمسين فلا يعطى حتى تباع، ويدفع الزائد فى دينه على ما صرح به المالكية، ولو وجد ما يقضى به بعض الدين أعطى البقية فقط، وإن كان قادرا على وفاء الدين بعد زمن بالاكتساب، فعند الشافعية قولان فى جواز إعطائه منها. الضرب الثانى: الغارم لإصلاح ذات البين: الأصل فيه حديث قبيصة المرفوع: «إن المسألة لا تحل إلا لثلاثة. فذكر منهم ورجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يمسك» فذهب الشافعية والحنابلة إلى أن هذا النوع من الغارمين يعطى من الزكاة سواء كان غنيا أو فقيرا؛ لأنه لو اشترط الفقر فيه لقلت الرغبة فى هذه المكرمة، وصورتها أن يكون بين قبيلتين أو حيين فتنة، يكون فيها قتل نفس أو إتلاف مال، فيتحمله لأجل الإصلاح بينهم، فيعطى من الزكاة لتسديد حمالته، وقيد الحنابلة الإعطاء بما قبل الأداء الفعلى، ما لم يكن أدى الحمالة من دين استدانه؛ لأن الغرم يبقى. وقال الحنفية: لا يعطى المتحمل من الزكاة إلا إن كان لا يملك نصابا فاضلا عن دينه كغيره من المدينين. ولم يصرح المالكية بحكم هذا الضرب فيما اطلعنا عليه. الضرب الثالث: الغارم بسبب دين ضمان وهذا الضرب ذكره الشافعية، والمعتبر فى ذلك أن يكون كل من الضامن والمضمون عنه معسرين، فإن كان أحدهما موسرا ففى إعطاء الضامن من الزكاة خلاف عندهم وتفصيل.

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) فى ط: اشتراها بماله.

(٣) أخرجه أحمد (٣/٥٦) وأبو داود (١٦٣٦) وابن ماجه (١٨٤١).

(٤) فى ط: التسهيل.

النفقة، وهذا ليس من باب اللف والنشر، واعلم أن تمليك السلاح والفرس وعاريتهما إلى نظر الإمام، فإن كان المال كثيرا اشتراهما، وإن كان المال قليلا استأجرهما.

وقوله: ولابن السبيل ذى سفر مباح كفايته سفرا أو إلى ماله.

أى: والزكاة لابن السبيل، وهو الصنف الثامن، والمراد به المسافر، سواء كان مسافرًا، أو أراد إنشاء السفر لغرض مباح كالتجارة والنزهة، وخص المباح ليدخل الواجب والمندوب من طريق الأولى، وأما سفر المعصية فلا يعان عليه.

فإذا لم يكن مع المسافر مال، نظرت: فإن كان معسرا أعطى كفاية مدة سفره ذهابًا وكذا إيابًا على الأصح، ولا يعطى لمدة الإقامة، بل ما دام له حكم المسافر، ويعطى المركوب إن كان شيخًا أو فى مسافة القصر.

وإن كان له مال ولكنه غائب نظرت: فإن كان ماله فى طريقه أعطى ما يوصله إليه، وإلا فكالمعسر، وقد علم من قوله: أو إلى ماله، أن من له مال حاضر معه لا يعطى، ويصدق، وكالفقير من غير بينة.

وقوله فى الحاوى: ما يبلغه المقصد، الأصح أنه يعطى كفاية الإياب أيضًا[1].

وقوله: ولا يأخذ بوصفين، ولا مع رق أو كفر.

---

(١) سمى ابن السبيل بذلك لملازمته الطريق، إذ ليس هو فى وطنه ليأوى إلى سكن. وهذا الصنف ضربان: الضرب الأول: المتغرب عن وطنه الذى ليس بيده ما يرجع به إلى بلده: وهذا الضرب متفق على أنه من أصحاب الزكاة، فيعطى ما يوصله إلى بلده، إلا فى قول ضعيف عند الشافعية: أنه لا يعطى؛ لأن ذلك يكون من باب نقل الزكاة من بلدها. ولا يعطى من الزكاة إلا بشروط: الشرط الأول: أن يكون مسلما، من غير آل البيت. الشرط الثانى: ألا يكون بيده فى الحال مال يتمكن به من الوصول إلى بلده وإن كان غنيا فى بلده، فلو كان له مال مؤجل أو على غائب، أو معسر، أو جاحد، لم يمنع ذلك الأخذ من الزكاة على ما صرح به الحنفية. الشرط الثالث: ألا يكون سفره لمعصية، صرح بهذا الشرط المالكية والشافعية والحنابلة، فيجوز إعطاؤه إن كان سفره لطاعة واجبة كحج الفرض، وبر الوالدين، أو مستحبة كزيارة العلماء والصالحين، أو كان سفره لمباح كالمعاشات والتجارات، فإن كان سفره لمعصية لم يجز إعطاؤه منها لأنه إعانة عليها، ما لم يتب، وإن كان للنزهة فقط ففيه وجهان عند الحنابلة: أقواهما: أنه لا يجوز؛ لعدم حاجته إلى هذا السفر. الشرط الرابع: وهو للمالكية خاصة: ألا يجد من يقرضه إن كان ببلده غنيا. ولا يعطى أهل هذا الضرب من الزكاة أكثر مما يكفيه للرجوع إلى وطنه، وفى قول للحنابلة: إن كان قاصدا بلدا آخر يعطى ما يوصله إليه ثم يرده إلى بلده. قال المالكية: فإن جلس ببلد الغربة بعد أخذه من الزكاة نزعت منه ما لم يكن فقيرا ببلده، وإن فضل معه فضل بعد رجوعه إلى بلده نزع منه على قول عند الحنابلة. ثم قد قال الحنفية: من كان قادرا على السداد فالأولى له أن يستقرض ولا يأخذ من الزكاة. الضرب الثانى: من كان فى بلده ويريد أن ينشئ سفرا: فهذا الضرب منع الجمهور إعطاءه، وأجاز الشافعية إعطاءه لذلك بشرط ألا يكون معه ما يحتاج إليه فى سفره، وألا يكون فى معصية، فعلى هذا يجوز إعطاء من يريد الحج من الزكاة إن كان لا يجد فى البلد الذى ينشئ منه سفر الحج ما لا يحج به. والحنفية لا يرون =

أى: ولا يأخذ واحد الزكاة بوصفين اجتمعا فيه، كالفقير الغارم، والمؤلف إذا تطوع بالغزو؛ لأن الله تعالى عطف الأصناف بعضها على بعض، ومقتضى ذلك التغاير، نعم نقل النووى عن الشيخ أبى نصر المقدسى، أنه إذا أخذ بأحدهما ثم صرفه إلى الغريم وبقى فقيرًا قال: فلابد من إعطائه من سهم الفقراء، ولا من فيه رق كالمبعض والمدبر إلا المكاتب والكافر؛ لقوله ﷺ: «تؤخذ من أغنيائهم وترد على[1] فقرائهم»[2].

وقوله: وحصة من فقد ثم لمن بقى وعمهم بقدر الحاجة، ولمالك اكتفاء بثلاثة من كل صنف غير محصور وقت وجوب وبأقل متمول، لأحدهم، ولو غرما ولا يفضل صنف.

أى: إذا فقد صنف من الأصناف فى بلد المال رددنا سهمه على الباقين وإن كان موجودًا فى بلد آخر، على المذهب، وعلى الإمام أن يعم آحاد الأصناف ويستوعبهم إن اتسع المال، وكذا يستحب للمالك إذا فرق بنفسه وأمكنه ذلك، ويسقط سهم العامل إذا فرق المالك كما يسقط إذا حمل أرباب الأموال الزكاة إلى الإمام، ويجوز للمالك أن يقتصر على ثلاثة من كل صنف وأن يفاضل بينهم، حتى لو أعطى أحدهم أقل متمول وأعطى اثنين الباقى أجزأه، ولو أعطاهم الكل غرم للثالث أقل متمول، وقيل: للثلاث، ولا يجوز له الاقتصار على ثلاثة من الصنف إلا إذا كان الصنف غير محصور وقت الوجوب، فإن كان محصورًا تعين السهم لهم لا يشاركهم فيه من حضر بعد الوجوب، هكذا جزم به فى العزيز والروضة، ونقلاه عن صاحب التتمة، ونقل عن صاحب التهذيب أنه كذلك إذا لم يجز النقل، قال النووى: الصحيح أو الأصح أنه يجب استيعاب آحاد الصنف إذا كانوا محصورين، ولكن نقلا فى المسائل المتفرقة ما يقتضى أنه لا يجب استيعاب المحصورين، إلا إذا كانوا ثلاثة فأقل، وهو مشكل من حيث إنهم جوزوا إعطاء الثالث أقل متمول وهم إذا انحصروا استحقوه، ووجب لكل بنسبة حاجته، وحاول فى المهمات الجمع بين الكلامين، بأنه لا ينحصر فى الثلاثة إلا إذا قل المال وإن كثر استوعب المحصورين، وهذا لا يرفع الإشكال، ولو لم يجد من الصنف إلا أقل من ثلاثة فالأصح المنصوص، كما ذكره النووى [فى الروضة][3]، أنه يرد على من وجد من الصنف إذا بقى استحقاقه، وهو مفهوم

= جواز الإعطاء فى هذا الضرب، إلا أن من كان ببلده، وليس له بيده مال ينفق منه وله مال فى غير بلده، لا يصل إليه، رأوا أنه ملحق بابن السبيل.

(١) فى ط: فى.

(٢) أخرجه البخارى (١٣٩٥) ومسلم (٢٩/ ١٩) والترمذى (٦٢٥).

(٣) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

من قولنا: ورد حصة من فقد ثم لمن بقى، وأما الأصناف فلا يجوز أن يفضل صنف على صنف بل يقسم فيهم بالسوية، نعم ما فضل عن حاجة صنف، رد إلى الباقين، كما إذا فقد أهله.

حكم نقل الزكاة

وقوله: ويجزئ عامل ونقله، لا مالك قبل فقد كل عن مستحق بموضع مال، أو مؤدى عنه فطرة إلى الأبعد وإلى مسافة[1] قصر، فى خيام اتصلت.

أى: ويجزئ من العاملين عامل واحد إذا كفى بل إذا استغنى عن الواحد سقط كما بيناه، ولا يجوز نقل الزكاة أى منقولها من موضع المال إلى موضع آخر إذا كان فى موضع المال مستحقون؛ لقوله ﷺ لمعاذ: «أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم»[2]، واعلم أن النقل إنما يحرم على المالك إذا فرق، وأما الإمام فإنه تحمل إليه الزكاة يفرقها حيث شاء على الأصح، والعبرة فى الفطرة بموضع المؤدى عنه، فلا يؤدى فطرته فى غير الموضع الذى هو فيه وقت الوجوب، ولو كان فى بلد وزوجته وولده وعبده فى بلد آخر، فالأصح أن العبرة بموضعهم لا بموضعه فيستحقها فقراء بلدهم، ولايجزئ النقل إلى الأبعد وهناك مستحق أقرب، فإن وجبت الزكاة على أهل خيام يتنقلون وهم مستقرون، وبعضهم متصل ببعض، فيما دون مسافة القصر فى حكم الحضر، فلا يتجاوز بصرفها عنه، وهذا مع الاتصال، وأما إذا انفصل بعضهم عن بعض بالحلل والمرعى والماء فلكل أهل موضع حكمه، وهو مفهوم من قوله: متصل، ولو دخل وقت الوجوب وهم سائرون فمستحقها من معهم من الأصناف، فإن لم يكن معهم أحد نقلوا إلى أقرب البلاد إليهم.

وقوله فى الحاوى: وسهم المفقود ولو فى بلد للباقين، إلى قوله: ثم ينقل إلى أقرب بلد، عند الوجوب، فيه أمور:

أحدها: قوله: وسهم المفقود، ولو قال: وحصة المفقود، لكان أعم؛ ليدخل مع أرباب السهام أرباب أجزائها، فإن الأصح أنه إذا نقص الصنف عن ثلاثة رد حصة من فقد على من وجد من الثلاثة.

الثانى: قوله: ولو فى بلد، صوابه: ولو فى البلد، فإن تنكيره يفسد به المعنى؛ لأنه يقتضى اشتراط وجود الصنف فى كل بلد.

---

(١) فى متن «الإرشاد»: أو إلى مسافة.

(٢) تقدم قريبًا

الثالث: أن قوله: ولو، لا حاجة إليه، فلو قال: وسهم المفقود فى بلد الباقين كفى[١].

الرابع: قوله: وجاز الاكتفاء بعامل وثلاثة من كل صنف، وليس الاكتفاء بثلاثة جائز على الإطلاق بل ذلك للمالك خاصة، أما الإمام فعليه أن يستوعب الجميع إذا أمكن.

الخامس: أنه لا يجوز للمالك مطلقًا، بل ذلك إذا لم يكن فى البلد صنف محصور، فإن كان تعين السهم له، وقد بينا ما فى المسألة من الاضطراب.

السادس: قوله: والتفضيل فى آحاد الصنف، ليس على إطلاقه، بل ذلك إذا كان المفرق هو المالك، وأما إذا قسم الإمام والحاجات متساوية فيحرم عليه التفضيل، كما جزم به الرافعى فى المحرر، ونقله فى العزيز عن التتمة[٢]، قال النووى [فى الروضة:][٣] وهو قوى فى الدليل لكنه خلاف مقتضى إطلاق الجمهور[٤].

السابع: قوله: وإن نقل من موضع المالك فى الفطرة، الأصح أن المعتبر موضع المؤدى عنه لا موضع المؤدى الذى سماه فى الحاوى: المالك.

الثامن: قوله: لا إن عدموا فى بلد، صوابه فى البلد؛ إذ لا يشترط وجودهم فى كل بلد.

التاسع: قوله: ثم ينقل إلى أقرب بلد عند الوجوب، مقتضاه أنه إذا وجد الأصناف بعد الوجوب فى بلد أقرب من الأقرب يوم الوجوب لم ينقل إليه، وليس ذلك على إطلاقه، بل ذلك إذا كان الموجودون محصورين، فإن لم يكونوا محصورين فاعتبار الأقرب بوقت القسمة[٥]، لا وقت الوجوب، كما يشعر به كلام الأصحاب، والنص المذكور فى العزيز والروضة.

وقوله: وجاز نقل نذر وكفارة ووصية.

أى: ويجوز نقل هذه المذكورات؛ لأن الأطماع لا تمتد إليها كما تمتد إلى الزكاة.

وقوله: ويسم نعم صدقة [بصدقة][٦] وفىء بصغار.

أى: ويستحب تمييز الصدقة من غيرها بوسم؛ لحديث أنس: «أنه أتى النبى ﷺ بعبد الله ابن أبى طلحة ليحنكه قال: فوافقته وفى يده الميسم يسم إبل الصدقة»[٧] وأن تكون كتابة،

---

(١) فى ط: فى البلد للباقى كفى.

(٢) فى ط: ونقله عن «العزيز» فى «التتمة».

(٣) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٤) فى ط: كلام الجمهور.

(٥) فى ط: فالاعتبار بوقت القسمة.

(٦) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٧) أخرجه البخارى (١٥٠٢) ومسلم (١١٢/٢١١٩).

فى نعم الصدقة صدقة، وهو أولى مما قال بعضهم: لله؛ احترامًا للاسم الكريم، وفى نعم الفىء: صغارًا أو جزية.

وقوله: وتطوعها سرا، وبرمضان وإلى قريب وجار أولى.

أى: ويستحب أن يسر بصدقة التطوع؛ لقوله تعالى: ﴿إِن تُبْدُواْ ٱلصَّدَقَـٰتِ فَنِعِمَّا هِىَ﴾ [البقرة: ٢٧١] الآية، وأما رمضان فإنه ﷺ كان أجودَ ما يكون فى رمضان[١]، وأما تخصيص الجار والقريب؛ فلأنه ﷺ حث على ذلك فيهما[٢].

وقوله: ولا يتصدق بما يحتاجه.

أى: لنفقة عياله ودينه ونفسه، وأما ما يحتاجه لنفقة عياله ولقضاء دين لا يغلب على الظن حصول ما يقضى به من غيره، فإنه لايحل التصدق به، وأما ما يحتاجه لنفسه فلا يحرم، لكن إن كان ممن يصبر على الإضاقة فهو مستحب فى حقه، وإلا فمكروه، والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب[٣].

* * *

---

(١) أخرجه البخارى (٦) ومسلم (٥٠/٢٣٠٨).

(٢) أما تخصيص الجار ففى الباب عن عائشة قالت: «قلت: يارسول الله، إن لى جارين فإلى أيهما أهدى، قال: إلى أقربهما منك بابًا» أخرجه البخارى (٦٠٢٠)، وأما القريب ففى الباب عن سلمان ابن عامر قال: قال رسول الله ﷺ: «الصدقة على المسكين صدقة وعلى ذى القرابة اثنتان: صدقة وصلة» أخرجه أبو داود (٢٣٥٥) والترمذى (٦٥٨) وابن ماجه (١٨٤٤) واللفظ له.

(٣) تم الجزء الأول وهو: الإخلاص شرح الإرشاد للشيخ العالم العلامة إسماعيل بن أبى بكر المقرى اليمنى على مذهب الإمام العلامة محمد بن إدريس الشافعى نفع الله تعالى به ورحمه ورضى عنه.

وافق الفراغ من كتابته ضحى يوم الإثنين ثامن عشرين شهر صفر الخير من شهور سنة إحدى وتسعمائة من الهجرة أحسن عاقبتها كتبه لنفسه ولمن شاء الله من بعده فقير عفو ربه ومغفرته أقل عباد الله تعالى وأحوجهم إليه أحمد بن على بن عبيد بن إبراهيم بن أبى الفتح البهشتى القادرى الشافعى غفر الله ذنوبه وستر عيوبه بمحمد وآله وسلم إنه على ما يشاء قدير وبالإجابة جدير والحمد لله وحده وصلوات الله وسلامه على الذات المكملة والرحمة المرسلة سيدنا محمد خاتم النبيين وسيد المرسلين وإمام المتقين ورسول رب العالمين وعلى آله أجمعين.

وإن تجد عيبا فسد الخلل فجل ما لا فيه عيب وعلا.

صورة سؤال سئل عنه سيدنا ومولانا قاضى القضاة شيخ مشايخ الإسلام حافظ العصر شهاب الدين ابن العلامة أبو الفضل العسقلانى قدس الله روحه ونور ضريحه قال رضى الله عنه كتب إلى بعض الطلبة:

جوابكم يا حافظ العصر والذى ... على عذبه الصافى يسوغ التيمم
ويا مزنة من رحمة الله أرسلت ... قوابلها إلهامى علوم وأنعم
إذا أثبت القاضى ثبوتا مجددا ... وما عنده من مانع عنه يعلم
ولم يحكم القاضى ولا غيره به ... فذو الحق مدفوع عن الحق معدم
فهل رفعه عن صاحب الحق حقه ... ولا مانع فى الشرع فعل محرم

بسم الله الرحمن الرحيم
وبه نستعين
باب ما اختص به الرسول ﷺ من الأحكام

وقوله: «خُصَّ عليه السلام بوجوب ضحى، وأضحية، ووتر، وسواك، وتخيير نساءٍ، وطلاق كارهة، ومشاورة، وإزالة منكر، ومصابرة عدو كثير، وقضاء دَيْن ميت معسر وحُرْمة صدقة وعلى قريبيه ومواليهما واجبها، ونزع لأمَتِه قبل قتال، وخائنة عين، وبذل لجزاء، ونكاح كتابية وأمة، وإباحة وصال وَصَفِيِّ مَغْنَم وخُمس خُمس، وأُكْرِم بوجوب إجابة مصلٍّ، ونزول غير له عن زوجة، وطعام، وتصدق بإرثه، وحرمة منكوحته، وندائه من وراء حجرات وباسمه، ورفع صوت عليه، وأن يحكم ويشهد ويقبلها لولده ولنفسه ويحمى لها، ويزوج نفسه بغير حصر ومهر وولى وشهود، وبهبة منها، وفى إحرام ومن شاء بغير إذن».

أى: اعلم أنه جرت عادة الأصحاب بذكر خصائص النبى ﷺ هنا؛ لأنها فى النكاح أكثر منها فى غيره.

وخصائصه ﷺ[(١)] أربعة أنواع:

---

(١) منع ابن خيران الكلام فى الخصائص، وقال: لأنه أمر انقضى فلا معنى للكلام فيه، كذا نقل النووى وغيره عنه المنع مطلقًا، وخصه ابن الصلاح بأحكام النكاح والإمامة، وقال: إن وجهه: أن كل شىء قد انقضى ولا عمل يتعلق به، وليس فيه من دقيق العلم ما يقع به التدريب - فلا وجه لتضييع الزمان برجم الظنون فيه. قال: وهذا غريب مليح. انتهى.

ومقتضى ذلك: الجواز فيما عدا مسائل النكاح والإمامة، وليس كذلك؛ فإن الذى قاله ابن خيران إنما هو منع الكلام فيها بالاجتهاد لا مطلقًا.

وقد صرح به الماوردى وغيره، وذهب الجمهور إلى جواز الاجتهاد فى ذلك؛ ليتوصل به إلى معرفة الأحكام وإن لم تدع إليها ضرورة

وقال إمام الحرمين فى النهاية: ليس يجوز إثبات خصائص رسول الله ﷺ بالأقيسة التى تناط بها الأحكام العامة فى الناس، ولكن الوجه ما جاء به الشرع من غير ابتغاء مزيد عليه. انتهى.

قال بعض المحققين: ومراد: ما اختلف فيه فيما مستنده القياس، أما شىء كان مستنده نصًّا، ولكن اختلف فى فهمه أو نحو ذلك - فظاهر نقل الروضة عنه: الإطلاق. انتهى.

وقال صاحب الذخائر: ما قاله الإمام فيه نظر؛ لأنه - عليه الصلاة والسلام - إذا تميز للكافة بما خص به من الأحكام، انقطع تشوف الناس إليه فى ذلك، وثبوت خصلة من خصائصه يمنع من ثبوتها فى غيره، مع ما فيه من التنبيه على ما خصه الله به من الكرامة، وإن كان ذلك لا يحصى. انتهى.

وقال فى زيادة الروضة: والصحيح: جواز الكلام فى الخصائص مطلقًا؛ لما فيه من زيادة العلم، بل باستحبابه. ولو قيل بوجوبه لم يكن بعيدًا؛ لأنه ربما رأى جاهل بعض الخصائص ثابتة فى الحديث الصحيح، فعمل بها؛ أخذًا بأصل التأسى؛ فوجب بيانها لتعرف فلا يعمل بها، فأى فائدة =

. . . .

= أهم من هذه؟!

وأما ما يقع فى ضمن الخصائص مما لا فائدة فيه اليوم ولا تخلو أبواب الفقه عن مثله فهو للتدرب ومعرفة الأدلة وتحقيق الشيء على ما هو عليه. انتهى.

وقال ابن الرفعة فى المطلب: قد يقال بالتوسط، فيتكلم فيما جرى فى الصدر الأول من ذلك دون ما لم يجر منه.

قال: وسياق كلام الوسيط يرشد إليه. انتهى.

وأول من تكلم فى الخصائص: الإمام الشافعى - كما نقله عنه المزنى فى مختصره - واقتفى أثره غواص بحر علومه: أبو العباس بن القاص، ومشعل أركان مذهبه: أبو بكر البيهقى. ثم شاع الكلام فيها وذاع حتى ملأ الأسماع

واستأنسوا فيه بحديث سلمان الفارسى أنه ﷺ قال فى شهر رمضان: «مَنْ تَقَرَّبَ فِيهِ بِخَصْلَةٍ وَاحِدَةٍ مِنْ خِصَال الخَيْرِ كَانَ كَمَنْ أَدَّى فَرِيضَةً فِيما سِوَاهُ، وَمَنْ أَدَّى فَرِيضَةً فِيهِ كَانَ كَمَنْ أَدَّى سَبْعِينَ فَرْضًا فِيمَا سِوَاهُ»، فقابل النفل فيه بالفرض فى غيره، وقابل الفرض فيه بسبعين فرضًا فى غيره؛ فأشعر هذا بأن الفرض يزيد على النفل بسبعين درجة من طريق الفحوى.

وهذا الحديث أخرجه ابن خزيمة فى صحيحه، لكنْ فى سنده على بن زيد بن جدعان وهو ضعيف. وقال الترمذى: صدوق، وأخرج له مسلم مقرونًا بغيره.

وأخرجه البيهقى فى الشعب، والأصفهانى فى الترغيب والترهيب من هذا الوجه أيضًا.

قال القطب: وعلى تقدير صحته يقال: ليس فيه دلالة على ما ادعوه؛ لأنه صريح بخصوصية ذلك برمضان، ولا يلزم منه أن كل فرض مفعول فى غيره يزيد ثوابه على ثواب النافلة بسبعين درجة، وليس هو باب قياس، ويوضحه أن ليلة القدر خير من ألف شهر، والعامل فيها فريضة خير من عاملها فى ألف شهر غيرها، وكذلك عامل النافلة فيها خير من عاملها فى ألف شهر غيرها، ولا يلزم من ذلك ترجيح الفرض على النافلة بهذا المقدار على هذا الوجه.

وقد قال العز بن عبد السلام: وإذا كانت الحسنة فى ليلة القدر أفضل من ثلاثين ألف حسنة فى غيرها مع أن تسبيحها كتسبيح غيرها، وصلاتها كصلاة غيرها وقراءتها كقراءة غيرها - عُلِمَ أن الله - تعالى - يتفضل على عباده فى بعض الأزمان بما لا يتفضل به فى غيره.

ووجه ذلك: أن الشهر يكون ثلاثين يومًا وهى خير من ألف شهر، وألف شهر ثلاثون ألف يوم؛ فالحسنة فيها أفضل من ثلاثين ألفًا فى غيرها.

وقال الإسنوى: وقد يستأنس لذلك بما روى عن صهيب بن النعمان أن رسول الله ﷺ قال: «فَضْلُ صَلَاةِ الرَّجُلِ فِي بَيْتِهِ عَلَى صَلَاتِهِ حَيْثُ يَرَاهُ النَّاسُ كَفَضْلِ المَكْتُوبةِ عَلَى النَّافِلَةِ» رواه الطبرانى فى الكبير بإسناد متماسك.

وعن عبد الله أن رسول ﷺ قال: «إِنَّ الرَّجُلَ ليعْمَلُ العَمَلَ فَيُكْتَبَ لَهُ عَمَلٌ صالحٌ مَعْمولٌ بِهِ فى السِّرِّ فَيُضَعَّف أَجْرُهُ سِتِّينَ ضعْفًا». رواه البيهقى فى الشعب بإسناد ضعيف؛ فإنه من رواية بقية ابن الوليد.

قال: وهذا المجموع هو الحديث الذى استأنسوا به فاعلمه؛ إذ الحسنة بعشر أمثالها مضافة إلى ستين، والمراد بالعمل هنا: الفرض؛ لأنه الذى يستحب إظهاره. انتهى.

وقد يقال: يحتمل أن يراد بالسبعين فى الحديث: العدد الكثير؛ مبالغة لا للتقييد بالعدد الخاص، كما استقر فى لسان العرب، وأما هذان الحديثان فذكر السبعين فيهما بالقوة؛ فلا يحتملان هذا التأويل، والله أعلم.

أحدها: ما خص به من الواجبات.

والسِّرُّ في اختصاصه بها أن ثواب الفرض أكثر بسبعين ضعفًا.

فمنها صلاة الضحى[1]، روى أنه ﷺ قال: «كُتِبَتْ عليَّ ركعتا الضحى وهما لكم

---

(١) اختلف فى حكم وجوبها على النبى ﷺ فذهب السراج بن البلقينى إلى القول بعدم وجوبها على النبى ﷺ؛ لما فى الصحيحين عن عائشة قالت: «ما رأيت رسول الله ﷺ يصلى سُبْحة الضحى قط، وإنى لأسبحها» وللبخارى عن ابن عمر نحوه. وله عن أنس، وقيل له: هل كان النبى ﷺ يصلى الضحى؟ قال: «ما رأيته صلى غير ذلك اليوم».

ولمسلم عن عائشة قالت: «كان النبى ﷺ لا يصلى الضحى إلا أن يجىء من مغيبه».

فإن قلت: قد روى مسلم عنها - أيضًا - قالت: «كان رسول الله ﷺ يصلى الضحى أربعًا، ويزيد ما شاء الله»، وفى رواية: «ما شاء»، فما الجمع بين هاتين الروايتين وبين ما تقدم من حديثها أنها لم تره يصليها؟

قلنا: أجاب النووى بأنه ﷺ كان يصليها بعض الأوقات؛ لفضلها، ويتركها فى بعضها؛ خشية أن تفرض ثم يقضيها، ويتأول قولها: «ما كان يصليها إلا أن يجىء من مغيبه» على أن معناه: ما رأيته؛ كما قالت فى الرواية الأخرى: «ما رأيت رسول الله ﷺ يصلى سبحة الضحى وإنى لأسبحها»، وسببه أن النبى ﷺ ما كان يكون عند عائشة فى وقت الضحى إلا فى نادر من الأوقات؛ فإنه قد يكون فى ذلك مسافرًا وقد يكون حاضرًا، ولكنه فى المسجد أو فى موضع آخر، وإذا كان عند نسائه فإنما كان لها يوم من تسعة؛ فيصح قولها: «ما رأيته يصليها»، ويكون قد علمت بخبره، أو خبر غيره أنه صلاها، أو يقال: قولها: «ما كان يصليها» أى: يداوم عليها؛ فيكون نفيًا للمداومة، لا لأصلها. انتهى.

وقد ذهب ابن عبد البر وغيره إلى ترجيح ما اتفق عليه الشيخان دون ما انفرد به مسلم. وقالوا: إن عدم رؤيتها لذلك لا يستلزم عدم الوقوع؛ فيقدم من روى عنه من الصحابة الأثبات.

وحكى المحب الطبرى أنه جمع بين قولها: «ما كان يصلى الضحى إلا أن يجىء من مغيبه»، وقولها: «كان يصلى أربعًا ويزيد ما شاء» - بأن الأول محمول على صلاته إياها فى المسجد، والثانى على البيت.

قال: ويعكر عليه حديثها الثالث. يعنى قولها: «ما رأيته يصلى سبحة الضحى»، ويجاب عنه بأن المنفى صفة مخصوصة بعدد مخصوص فى وقت مخصوص. انتهى.

وادعى الماوردى: أنه - عليه الصلاة والسلام - لما صلاها يوم الفتح، واظب عليها إلى أن مات؛ فيدل ذلك على الوجوب.

وفيه نظر: ففى سنن أبى داود عن عبد الرحمن بن أبى ليلى قال: ما أخبرنا أحد أنه رأى النبى ﷺ صلى الضحى غير أم هانئ؛ فإنها ذكرت أن النبى ﷺ يوم فتح مكة اغتسل فى بيتها وصلى ثمانى ركعات، فلم يره أحد صلاهن بعد.

ولمسلم فى حديثها: «أنه لم يصلها قبل ولا بعد».

ولا يقال: إن نفى أم هانئ لذلك لا يلزم منه العدم؛ لأنا نقول: يحتاج من أثبته إلى دليل، ولو وجد لم يكن حجة؛ لأن عائشة ذكرت أنه كان إذا عمل عملًا أثبته، فلا يستلزم المواظبةُ عليها الوجوب. مع أن عياضًا حكى عن قوم أنه ليس فى حديثها دلالة على صلاة الضحى. قالوا: وإنما هى سنة الفتح، وقد صلاها خالد بن الوليد فى بعض فتوحه كذلك.

ثم قال عياض: وليس حديث أم هانئ بظاهر فى أنه ﷺ قصد بها سنة الضحى، وإنما فيه أنها =

سُنَّة»[١].

ومنها الأضحية[٢]، والوتر، والسواك: قال ﷺ: «كُتِبَ عليَّ ثلاث لم تكتب عليكم السواك، والوتر، والأضحية»[٣].

ومنها: تخيير نسائه بين مفارقته والصبر معه، قال الله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ قُل لِّأَزْوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ . . .﴾ الآية [الأحزاب: ٢٨] وذلك؛ لأنه - عليه السلام - اختار لنفسه الفقر، فكره أن يكرههن على الصبر عليه.

ومنها: وجوب مفارقة من كرهته فلو اتفق كراهة واحدة منهن له - وقد أعاذهن الله من

= أخبرت عن وقت صلاته فقط. وقد قيل: إنها كانت قضاء عما شغل عنه تلك الليلة من حزبه فيها.

وتعقبه النووى بأن الصواب صحة الاستدلال به؛ لما روى مسلم عنها في قصة اغتساله ﷺ يوم الفتح: «ثم صلى ثمانى ركعات سبحة الضحى» ونحوه عند أبى داود فى سننه، وابن عبد البر فى تمهيده.

وإذا قلنا بوجوبها على النبى ﷺ - كما هو الأرجح - فهل كان الواجب عليه أقل الضحى؟ أو أكثرها؟ أو أدنى كمالها؟

قال ابن طولون: لم أر فى ذلك نقلًا، لكن فيما تقدم من الأحاديث من رواية أحمد: «أُمِرْتُ بركْعَتَى الضُّحَى»، فهذا يدل على وجوب أقلها.

وأكثر ما روى: أنه ﷺ صلاها ثمانى ركعات. وأما ما روى عن أنس أن رسول الله ﷺ قال: «مَنْ صَلَّى الضُّحَى ثِنْتَى عَشْرَةَ رَكْعَةً بَنَى الله لَهُ قَصْرًا مِنْ ذَهَبٍ فِى الجَنَّةِ» أخرجه الترمذى، وقال: غريب - فإسناده ضعيف، وفى الباب عن أبى ذر رواه البيهقى، وعن أبى الدرداء رواه الطبرانى، وإسنادهما ضعيف.

واستدل الضياء المقدسى لذلك بحديث أم حبيبة في صحيح مسلم: «مَا مِنْ عَبْدٍ مُسْلِمٍ يُصَلِّى لله كُلَّ يَوْمٍ ثِنْتَىْ عَشْرَةَ رَكْعَةً تَطوُّعًا غَيْرَ فَرِيضَةٍ إِلَّا بَنَى الله لَهُ بَيْتًا فِى الجَنَّةِ» قال: ففيه دليل على أن أكثر الضحى اثنتا عشرة ركعة، وليس فيه دلالة على ذلك؛ فإنه يحتمل أن يكون من الرواتب، وأن يكون تطوعًا، والله أعلم.

(١) أخرجه أحمد (١/ ٣١٧) عن ابن عباس بلفظ: «أمرت بركعتى الضحى ولم تؤمروا بها» وفى إسناده جابر الجعفى وهو ضعيف.

(٢) ومن الواجبات التى خص بها رسول الله ﷺ: الأضحية؛ لحديث ابن عباس رفعه: «ثَلَاثٌ هُنَّ على فَرَائِضُ وَلَكُمْ تَطَوُّعٌ: النَّحْرُ والوَتْرُ وركْعَتَا الضُّحَى» أخرجه أحمد فى مسنده، والبيهقى فى سننه، والبزار، وغيرهم من طريق أبى جناب يحيى بن أبى حَيَّة الكلبى عن عكرمة عنه. وأبو جناب: ضعيف مدلس، وقد عنعن، وإن وثقه ابن حبان.

قال ابن الصلاح: هذا حديث غير ثابت، ضعفه البيهقى فى خلافياته؛ فحينئذ لا حجة على القول بوجوب ذلك عليه ﷺ؛ ولهذا لما حكى الرافعى عن الجرجانيات للرويانى وجهًا آخر: أنها لم تكن واجبة عليه - قال: مال إلى ترجيحه جماعة من المتأخرين، وقالوا: لم يصح دليل الوجوب، ويؤيد ذلك ما جاء فى إحدى روايات الإمام أحمد فى مسنده من حديث ابن عباس السابق: «أُمِرْتُ بِرَكْعَتَى الضُّحَى وَلَمْ تُؤْمَرُوا بِهَا، وَأُمِرْتُ بَالأَضْحَى وَلَمْ يُكْتَبْ».

(٣) أخرجه الحاكم (١/ ٣٠٠) عن ابن عباس بلفظ: «ثلاث على فرائض ولكم تطوع: النحر والوتر وركعتا الفجر» وحديث الباب ذكره الحافظ فى التلخيص (٣/ ٢٥٦) وقال: لم أجده هكذا.

ذلك - لزمه مفارقتها، وقد تزوج ﷺ امرأة ذات جمال فَلُقِّنت أن تقول له: أعوذ بالله منك - وقيل لها: إنه يُعجبه - فقالته فقال: «لَقد استعذت بمَعَاذٍ، الحقى بأهلك» (١).

ومنها: مشاورة العقلاء، قال الله تعالى: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي ٱلْأَمْرِ﴾ (٢) [آل عمران: ١٥٩].

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٠٣٧) عن عائشة وإسناده ضعيف، وأصله فى صحيح البخارى (٥٢٥٤).

(٢) فإن الأمر المطلق يقتضى الوجوب، ودل على ذلك فعله ﷺ فى قصة بدر والحديبية وغيرهما.

وقد روى عبد الرزاق فى مصنفه، وأحمد فى مسنده، والبيهقى فى سننه من طريق الزهرى قال: قال أبو هريرة: ما رأيت أحدًا أكثر مشاورة لأصحابه من رسول الله ﷺ. لكن رواية الزهرى عن أبى هريرة مرسلة. وقيل: إنها كانت مستحبة فى حقه ﷺ كما فى حقنا، والأمر فى الآية للاستحباب، وإنما أمر بمشاورتهم؛ استمالة لقلوبهم، حكاه أبو نصر القشيرى عن نص الشافعى، وأنه جعله كقوله ﷺ: «والبِكْرُ تُسْتَأْمَر»؛ تطييبًا لقلبها.

وأخرج البيهقى فى الشعب عن ابن عباس قال: لما نزلت هذه الآية: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي ٱلْأَمْرِ﴾ [آل عمران: ١٥٩] قال رسول الله ﷺ: «أَمَا إِنَّ الله وَرَسُولَهُ لَغَنِيَّانِ عَنْهَا، وَلَكِنْ جَعَلَهَا الله رَحْمَةً لأُمَّتِى، فَمَنْ شَاوَرَ مِنْهُمْ لَمْ يَعْدَمْ رُشْدًا، وَمَنْ تَرَكَ المَشُورَةَ مِنْهُمْ لَمْ يَعْدَمْ غَيًّا».

قال: وبعض هذا المتن يروى عن الحسن من قوله، وكونه مرفوعًا غريبٌ.

تنبيه: إذا قلنا بوجوبها فهل كان الواجب عليه المشاورة فى عمره مرة؟ أو هى واجبة بالنسبة إلى كل أمر يحدث؟ سواء أنزل عليه أو لم ينزل؟ أو بالنسبة إلى ما لم ينزل عليه؟ قال ابن طولون: لم أر فى ذلك نقلًا إلا قول الماوردى ومن تبعه: اختلف العلماء فيما يشاور فيه:

فقيل: فى الحروب، ومكايدة العدو خاصة.

وقيل: فى أمور الدنيا والدين.

وقيل: فى أمور الدين؛ تنبيهًا لهم على علل الأحكام وطريق الاجتهاد.

وقال الثعلبى فى تفسيره: اختلف فى المعنى الذى أمر الله نبيه بالمشاورة لهم فيه مع كمال عقله، وتتابع الوحى عليه ووجوب طاعته على أمته:

فقيل: هو خاص فى المعنى وإن كان عامًّا فى اللفظ. ومعنى الآية: وشاورهم فيما ليس عندك فيه من الله - تعالى - عهد؛ يدل عليه قراءة ابن مسعود (وشاورهم فى بعض الأمر). وقال الكلبى: يعنى: ناظرهم فى لقاء العدو ومكايدة الحروب عند الغزو.

وقال مقاتل، وقتادة، والربيع: كان سادات العرب إذا لم يُشَاوَرُوا فى الأمر شق عليهم، فأمر الله - تعالى - نبيه عليه الصلاة والسلام أن يشاورهم فى الأمر؛ ذلك أعطف لهم، وأذهب لأضغانهم، وأرفع لأقدارهم، فإذا شاورهم عرفوا إكرامه لهم. انتهى.

فائدة: قال الخطابى وغيره: صفة المستشار بالنسبة إلينا إن كان فى الأحكام: أن يكون عالمًا دينًا، وقلما يكون ذلك إلا فى عاقل.

قال الحسن: ما كمل دين امرئ ما لم يكمل عقله، فإذا استشير من هذه صفته، واجتهد فى الصلاح، وبذل جهده، فوقعت الإشارة خطأ - فلا غرامة عليه.

وعبارة الرافعى وغيره مطلقة لم تقيد المشاورة بذوى العقول.

وإن كان فى أمور الدنيا، فهو أن يكون عاقلًا مجربًا.

قال أبو سفيان الثورى: ليكن أهل مشورتك أهلَ التقوى والأمانة، ومن يخشى الله تعالى.

والشورى مبنية على اختلاف الآراء، والمستشير ينظر فى ذلك الخلاف، وينظر أقربها قولًا بالكتاب والسنة إذا أمكنه، فإذا أرشده الله إلى ما شاء منه عزم عليه، وأنفذه متوكلًا عليه؛ إذ هو =

ومنها: إزالة المنكر وإن خاف بخلاف غيره، فإنه لا يلزمه إلا إذا أمن، وإلا أنكر بقلبه.

ومنها: أنه كان يجب عليه مصابرة العدو وإن تضاعفوا أضعافا مضاعفة، بخلاف غيره، فإنه يجوز له أن يفر إذا زاد العدو عن الضعف[1].

= غاية الاجتهاد والمطلوب.

(١) واستدل ﴿وَٱللَّهُ يَعۡصِمُكَ مِنَ ٱلنَّاسِۗ﴾ [المائدة: ٦٧]. ونازع فى هذا الاستدلال الجلال ابن البلقينى، قال: إن مقتضى الكلام: أن ذلك كان واجبًا عليه من مبدأ دعوته إلى مماته، وهذه الدعوى عامة، والدليل أخص من ذلك؛ فإن هذه الآية نزلت فى الأواخر بالمدينة، ولم يبَن الوجوب إلا بسببها على ما زعمه، فكيف يصح الدلالة بالأخص - وهو ما بعد نزول الآية - على الأعم وهو الزمان المتقدم والمستقبل؟! وهو بحث جيد، ويعضد أن هذه الآية نزلت بالمدينة: ما أخرجه الشيخان عن عائشة قالت: أرق النبى ﷺ ذات ليلة، فقال: «لَيْتَ رَجُلًا صَالحًا مِنْ أَصْحَابِى يَحْرُسُنِى اللَّيْلَة» إذ سمعنا صوت السلاح، قال: «مَنْ هَذَا؟» فقال: أنا سعد بن أبى وقاص، جئت لأحرسك؛ فنام النبى ﷺ حتى سمعنا غطيطه.

وكذلك ما أخرجه الترمذى عنها - أيضًا - قالت: كان النبى ﷺ يُحْرَس حتى نزلت هذه الآية: ﴿وَٱللَّهُ يَعۡصِمُكَ مِنَ ٱلنَّاسِۗ﴾ [المائدة: ٦٧]، فأخرج رسول الله ﷺ رأسه من القبة، فقال لهم: «يَأَيُّهَا النَّاسُ، انْصَرِفُوا فَقَدْ عَصَمَنِى الله». ثم قال الترمذى: حديث غريب. ورواه الحاكم فى المستدرك، وقال: صحيح الإسناد، ولم يخرجاه.

قال ابن طولون: لأن فى سنده أبا قدامة الحارث بن عبيد الإيادى، وقد قال أحمد: مضطرب الحديث، وقال ابن معين: ضعيف. لكن أخرج له البخارى فى المتابعات، واحتج به مسلم، والله أعلم.

فهذا الحديث مع الذى قبله يدل على أن ذلك كان بالمدينة؛ لأن عائشة أخبرت عن مشاهدة ذلك، وهى لم تكن عنده ﷺ بمكة.

ويعارض ذلك ما أخرجه ابن أبى حاتم فى تفسيره عن جابر: كان رسول الله ﷺ إذا خرج بعث معه أبو طالب من يكلؤه حتى نزلت: ﴿وَٱللَّهُ يَعۡصِمُكَ مِنَ ٱلنَّاسِۗ﴾ فذهب ليبعث معه، فقال ﷺ: «يَا عَمِّ، إِنَّ الله قَدْ عَصَمَنِى، لَا حَاجَةَ لِى إِلَى مَنْ تَبْعَثُ».

وكذلك ما أخرجه الطبرانى وغيره عن ابن عباس: كان النبى ﷺ يُحْرَس، وكان يرسل معه أبو طالب كل يوم رجالًا من بنى هاشم حتى نزلت هذه الآية: ﴿وَٱللَّهُ يَعۡصِمُكَ مِنَ ٱلنَّاسِۗ﴾ قال: فأراد عمه أن يرسل معه من يحرسه، فقال: «يَا عَمِّ، إِنَّ الله قَدْ عَصَمَنِى مِنَ الجِنِّ والإِنْسِ».

فهذا الحديث والذى قبله يدلان على نزول الآية بمكة فى أوائل الأمر؛ فحينئذ يحتاج إلى الجمع بين الروايات، وما فى الصحيح أولى، لكنا نلتزم تأخر نزول الآية بالمدينة، وندعى أن الإنكار كان داخلًا، وكان فى عموم التشريع لمن هو مخاطب به بشرط استطاعته له ﷺ وهى الأمن من مفسدة تحصل له، بدليل عموم قوله تعالى: ﴿وَلَا تُلۡقُواْ بِأَيۡدِيكُمۡ إِلَى ٱلتَّهۡلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٩٥]، فلما نزلت آية العصمة وجب الإنكار مع الاستطاعة وعدمها؛ لأن الله - تعالى - تولى حفظه وعصمته؛ ولهذا كان أولًا يحتاج إلى الحرس، وثانيًا لا يحتاج إليه، وهذا معنى بديع يزول به إشكالات كثيرة. والله أعلم.

وقال أبو الطيب وغيره: إنما كان وجوب إنكار المنكر مطلقًا من خصائصه؛ لشيئين:

أحدهما: أن الله - تعالى - ضمن له النصرة والظفر، وقال له: ﴿فَٱصۡدَعۡ بِمَا تُؤۡمَرُ﴾ [الحجر: ٩٤]. =

ومنها: قضاء دَيْن من مات من المسلمين معسرا؛ لقوله ﷺ: «من خَلَّف مالاً أو ضِيَاعًا فلورثته، ومن خَلَّف كَلًّا أو دَيْنًا فكَلُّه إلي ودينه عليّ»[1].

النوع الثانى: ما اختص به من المحرمات.

فمنها الصدقة مطلقًا الواجبة والتطوع حرمت عليه؛ صيانة لمنصبه الشريف؛ لأنها تنبئ

= والثانى: أنه لو لم يكره لكان يوهم أن ذلك جائز وأن أمره بتركه منسوخ. انتهى.

قال الزركشى: وفيه مخالفة لقول الأصوليين: إن شرط كون تقرير النبى ﷺ حجة: أن يكون قادرًا على الإنكار، وأن يكون المقر على الفعل منقادًا للشرع، سامعًا، مطيعًا، فالممتنع - كالكافر - لا يكون التقرير فى حقه دالًا على الإباحة.

قال: وهذا تصريح بعدم الوجوب عليه مطلقًا. انتهى.

وقال النووى: قد يقال: ليس هذا من الخصائص، بل كل مكلف تمكن من إزالة المنكر لزمه تغييره.

ثم أجاب بأن المراد: ألا يسقط عنه للخوف؛ فإنه معصوم، بخلاف غيره.

وقال الزركشى: لا يرد هذا السؤال؛ لثلاثة أمور:

الأول: أنه فى حقه ﷺ من فرائض الأعيان، وفى حق غيره من فرائض الكفايات؛ ذكره الجرجانى فى الشافى.

والثانى: أن موضع الاختصاص وجوب إظهاره دون الإنكار، ولا يجب إظهاره على أمته؛ ذكره صاحب الذخائر.

والثالث: سلمنا، لكن وجه الخصوص فيما إذا علم من حال مرتكب الكبيرة أن الإنكار عليه يزيده إغراء، وقد قال أبو المظفر السمعانى فى القواطع: فإن كان المنكر غير النبى ﷺ، فلا يجب عليه، وإن كان النبى ﷺ، ففى وجوب الإنكار عليه وجهان، أصحهما: الوجوب؛ ليزول بالإنكار توهم الإباحة.

تنبيهان:

الأول: أطلق النووى الخوف كما قدمناه، ولم يبين ما المراد به: هل هو الخوف على النفس من القتل؟ أو ما هو أعم من ذلك؟ وربما يقال: إن ظاهر استدلاله بالعصمة يرشد إليه - يعنى: من القتل - كما ذهب إليه غير واحد من أئمة التفسير؛ فيكون المراد به الخوف على النفس، وإذا وجب فى هذه الحالة وجب فى غيرها من باب أولى، لكن ذكر النووى فى كتاب السير من زياداته: أنه لا يسقط الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر إلا أن يخاف منه على نفسه أو ماله، أو يخاف على غيره مفسدة أعظم من مفسدة المنكَر الواقع. انتهى.

وأهمل قسمًا آخر: وهو ما إذا غلب على ظنه أن المرتكب يزيد فيما هو فيه؛ كما أشار إليه فى الإحياء، وصرح به غيره.

والذى يظهر أن هذه الأقسام الزائدة على الخوف فى النفس متعلقة بالأمة، وأما النبى ﷺ، فإنه يجب عليه الإنكار مع وجودها كلها، ويكون كلام النووى عامًّا فيها.

الثانى: اعلم أن البيهقى فى سننه الكبرى جعل حكم هذه المسألة من قسم المحرمات، فقال: باب لم يكن له إذا سمع منكرًا ترك المنكر. ثم أخرج ما رواه الشيخان عن عائشة قالت: «ما خير النبى ﷺ بين أمرين إلا أخذ أيسرهما ما لم يكن إثمًا، فإن كان إثمًا كان أبعد الناس منه، وما انتقم رسول الله ﷺ لنفسه إلا أن تنتهك حرمة الله؛ فينتقم لله بها».

(١) أخرجه البخارى (٢٢٩٨) ومسلم (١٤/١٦١٩) عن أبى هريرة بنحوه.

عن ذل الآخذ وعز المأخوذ منه. [وأبدل به الفيء الذى يؤخذ على سبيل القهر والغلبة المنبئ عن عز الآخذ وذل المأخوذ منه] (١).

وأما بنو هاشم وبنو المطلب فتحل لهم صدقة التطوع لا الصدقات الواجبة من الزكاة والفُطرة والكفارة.

والدليل على حل صدقة التطوع لهم ما ورى جعفر بن محمد عن أبيه أنه كان يشرب من سقايات بين مكة والمدينة فعوتب فى ذلك، فقال: «إنما حرم علينا الصدقة المفروضة»(٢).

وقد بينا فى الفيء أن حكم الهاشمى والمطلبى واحد وإليه الإشارة بقوله «وعلى قريبيه»(٣).

ومنها: أنه كان إذا لبس لَأمته (٤)لم يجز له نزعها حتى يقاتل، قال ﷺ: «لا ينبغى لنبى إذا لبس لَأمته أن ينزعها حتى يقاتل» (٥).

ومنها: خائنة الأعين وهى الإيماء إلى مباح من ضرب أو قتل على خلاف ما يظهر؛ سُمى خائنة الأعين لشبهه بالخيانة من حيث إنه يخفى، ولا يحرم ذلك على غيره إلا فى محظور.

ومنها: الإعطاء طلبًا للمكافأة قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَمْنُن تَسْتَكْثِرُ﴾ [المدثر: ٦] أى لا تعط مستكثرًا، أى: طالبًا للكثرة بالطمع فى العوض.

ومنها: نكاح الكتابية؛ لأن زوجاته فى الدنيا زوجاته فى الآخرة، وهو أكرم على الله تعالى من أن يضع ماءه فى رحم كافرة.

ومنها: نكاح الأمة؛ لأنه معصوم لا يخاف العنت، وأما بملك اليمين فهى حلال له.

النوع الثالث: ما اختص به من التخفيفات والمباحات.

منها: إباحة الوصال؛ لأنه ﷺ نهى عن الوصال، فقيل له: «إنك تواصل»، فقال ﷺ: «إنى لست مثلكم إنى أُطعم وأُسقى» (٦).

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) أخرجه الشافعى فى الأم (٢/ ٨٠) ومن طريق البيهقى (٦/ ١٨٣).

(٣) فى :ط: وقريبه.

(٤) قال ابن فارس: اللأمة - مهموزة -: الدرع، قال: وكذا قيدتها بالهمز من كتاب فقه اللغة إلا أنه جعلها الدرع التامة، وكذا قيدته - أيضًا - من كتاب كفاية المتحفظ بالهمز إلا أنه جعلها الدرع السابغة.

ونقل ابن مالك فى كتاب الهمز عن الأزهرى: أنها السلاح كله، وجمعها: لَأمٌ، كتمر، وتجمع أيضًا على لؤَم؛ كرُطَب، على غير قياس، كما قال الجوهرى: كأنه جمع «لؤمة» بضم اللام.

واستلأم الرجل، أى: لبس اللأمة. والملأم - بالتشديد -: المدرع

(٥) أخرجه أحمد (٣/ ٣٥١) عن جابر بلفظ: «إنه ليس لنبى إذا لبس لأمته أن يضعها حتى يقاتل».

(٦) أخرجه البخارى (١٩٦٢) ومسلم (٥٥/ ١١٠٢) عن ابن عمر.

=

ومنها: أنه كان يباح له أن يصطفى قبل القسمة من المغنم ما شاء، وقد اصطفى من بعض المغانم صفية بنت حُيى فأعتقها وتزوجها[١].

ومنها: أنه أبيح له خمس الخمس لما حرمت عليه الصدقة، كما بيناه قبل.

النوع الرابع: ما خص به من الإكرام والكرامة.

وذلك أنه أوجب الله إجابته على المصلى ولا تبطل صلاته بإجابته؛ فقد عاتب النبى ﷺ أبا سعيد بن المعلى لما ترك إجابته وهو يصلى، وقال له: «ما منعك أن تجيبنى وقد سمعت قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱسۡتَجِيبُواْ لِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ﴾ [٢] [الأنفال: ٢٤].

ومنها: أنه تعالى أوجب على من رغب ﷺ فى زوجته أن ينزل عنها ويطلقها له ﷺ كقصة زيد [٣]، وكان السر فى ذلك الامتحان لإيمان زيد، ولرسول الله ﷺ بالمنع من الإضمار المخالف للإظهار، قال تعالى: ﴿وَتُخۡفِي فِي نَفۡسِكَ مَا ٱللَّهُ مُبۡدِيهِ وَتَخۡشَى ٱلنَّاسَ وَٱللَّهُ أَحَقُّ أَن تَخۡشَىٰهُ﴾ [الأحزاب: ٣٧].

وكذلك أوجب الله على من احتاج النبى ﷺ إلى طعامه أن يؤثره به، ويصون مهجته بمهجته.

ومنها: أنه جعل إرثه صدقة يدر عليه ثوابها إلى يوم القيامة لا ينتقل الملك فيه إلى أحد.

ومنها: حرمة منكوحته ﷺ على غيره من بعده تعظيمًا وتشريفا له ﷺ.

ومنها: أنه حرم نداؤه من وراء الحجرات قال تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يُنَادُونَكَ مِن وَرَآءِ ٱلۡحُجُرَٰتِ أَكۡثَرُهُمۡ لَا يَعۡقِلُونَ﴾ [الحجرات: ٤].

ومنها: أنه حرم نداؤه باسمه فلا يقال: يا محمد، يا أحمد، بل: يا رسول الله، يا خير خلق الله.

ومنها: أنه لا يحل لأحد أن يرفع صوته على صوته ﷺ؛ لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَرۡفَعُوٓاْ أَصۡوَٰتَكُمۡ فَوۡقَ صَوۡتِ ٱلنَّبِيِّ . . .﴾ الآية [الحجرات: ٢].

ومنها: أنه كان يجوز له أن يحكم ويشهد ويقبلها لنفسه ولولده؛ لأنه غير متهم، وأن يقبل شهادة من شهد له بما ادعاه - وإن لم يره - كما فى قصة ذى الشهادتين[٤].

ويجوز أن يحمى لنفسه، بخلاف غيره من الأئمة فإنه لا يجوز لهم أن يحموا إلا لنحو

= وأخرجه البخارى (١٩٦٥) ومسلم (٥٧/ ١١٠٣) عن أبى هريرة.

(١) أخرجه البخارى (٥٠٨٦) ومسلم (٨٤/ ١٣٦٥).

(٢) أخرجه أبو داود (١٤٥٨).

(٣) انظر صحيح البخارى (٤٧٨٧) وكان الغرض من ذلك واضح وهو إبطال مشروعية التبنى وتعالى ﷺ عن تلك المطاعن التى طعن بها أولئك الفساق بها سيدنا رسول الله ﷺ.

(٤) انظر صحيح البخارى (٤٧٨٤).

إبل الصدقة. كما سبق فى «إحياء الموات».

ومنها: أنه كان يجوز له أن يزوج نفسه من شاء، ومن تشاء، من غير حصر بأربع ولا تسع، وقد نسخ حكم الآية فى قوله: ﴿لَّا يَحِلُّ لَكَ ٱلنِّسَآءُ مِنۢ بَعۡدُ﴾ [الأحزاب: ٥٢].

ويتزوج من شاء بلا مهر وبلا ولى ولا شهود؛ لأنه أولى بالمؤمنين من أنفسهم.

وبلفظ الهبة منها، فإذا وهبت له امرأة نفسها فقال: قبلتُ، كان نكاحًا، فيشترط لفظ النكاح من جهته على الصحيح فينعقد نكاحه.

وينعقد نكاحه وهو محرم بالحج أو العمرة، ويزوج من شاء بمن شاء ويتولى الطرفين من غير إذنهما وإذن الولى؛ لأنه أولى المؤمنين من أنفسهم.

وفيما تضمنه هذا الباب من «الحاوى» أمور:

أحدها: أن قوله: «الأضحى» يوهم أنه أراد صلاة الأضحى ولم يرد إلا الأضحية جمع أضحاة، وهى لغة فيها.

الثانى: قوله: التهجد، قال النووى: والأصح أو الصحيح أن وجوب التهجد نسخ فى حقه ﷺ وحكى عن نص الشافعى.

الثالث: اقتصاره على الزكاة فى التحريم على بنى هاشم وبنى المطلب، والكفارات كالزكاة.

الرابع: قوله: ومدخولته، الذى نقله النووى فى «الروضة» ترجيح المنع مطلقًا.

وقال ابن الصلاح: إنه ظاهر نص الشافعى وأشبه بظاهر القرآن.

الخامس: قوله: وينكح بالهبة، قال ابن الصلاح: إنه ظاهر وليس على إطلاقه، بل ذلك من جهتها فقط، وأما من جتهه - عليه السلام - فالأصح أنه لا بد من قبول «النكاح» كما صححه فى «الروضة».

* * *

كتاب النكاح[1]

وقوله: فصل: نُدب لقادر تَاق أو ترك التعبد نكاح، وبكر ولود نَسِيبَةٌ بعيدةٌ أوْلَى.

---

(١) النكاح في اللغة: الضم والتداخل، ومنه: نكحت البر في الأرض؛ إذا حرثتها وبذرته فيها، ونكح المطر الأرض: إذا خالط ثراها، ونكحت الحصى أخفاف الإبل؛ إذا دخلت فيها، ويكون التداخل حسيًّا كما ذكر، ومعنويًّا كقولهم: نكح النعاس العين.

ويطلق في اللغة على الوطء حقيقة، وعلى العقد مجازًا.

قال المطرزى والأزهرى: هو الوطء حقيقة، ومنه قول الفرزدق:

إذا سقى الله قومًا صوب غادية ... فلا سقى الله أرض الكوفة المطرا

التاركين على طهر نساءهم ... والناكحين بشطى دجلة البقرا

وهو مجاز في العقد؛ لأن العقد فيه ضم، والنكاح والضم حقيقة؛ قال الشاعر:

ضممت إلى صدرى معطر صدرها ... كما نكحت أم الغلام صبيها

أي: كما ضمت، أو لأنه سببه، فجازت الاستعارة لذلك.

وقيل: إنه حقيقة في العقد، مجاز في الوطء.

وقيل: هو مشترك بين العقد والوطء اشتراكًا لفظيًّا، ويتعين المقصود بالقرائن؛ فإذا قالوا: نكح فلان بنت فلان أو أخته، أرادوا: تزوجها، وعقد عليها، وإذا قالوا: نكح امرأته أو زوجته، لم يريدوا إلا الوطء؛ لأن بذكر المرأة أو الزوجة يستغنى عن العقد.

وأما تعريف النكاح اصطلاحًا:

أولًا: تعريف الشافعية:

فالنكاح عند الشافعية هو: عقد يتضمن إباحة وطء، بلفظ إنكاح، أو تزويج، وهو حقيقة في العقد مجاز في الوطء على الصحيح.

والنكاح عند الحنفية: عقد موضوع يفيد ملك المتعة قصدًا.

والنكاح عند المالكية كما عرفه ابن بشير: عقد على العضو بعوض.

وعرفه الشيخ ابن عرفة بقوله: النكاح عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية غير موجب قيمتها ببينة قبله، غير عالم عاقدها حرمتها إن حرمها الكتاب على المشهور، أو الإجماع على الآخر.

والنكاح عند الحنابلة هو: حقيقة في عقد التزويج مجاز في الوطء، والأشهر مشترك، والمعقود عليه المنفعة.

النكاح ثابت بالكتاب والسنة والإجماع:

أما الكتاب: فقول الله - سبحانه وتعالى -: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ [النساء: ٣]، وقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ [النور: ٣٢].

ووجه الدلالة فيهما: أن الله - تعالى - أمر فيهما بالنكاح؛ فدل ذلك على مشروعيته؛ إذ لو لم يكن مشروعًا لما أمر به الله عز وجل.

وأما السنة: فقوله ﷺ: «يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ، مَنِ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ، فَلْيَتَزَوَّجْ؛ فَإِنَّهُ أَغَضُّ لِلْبَصَرِ، وَأَحْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ، فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ؛ فَإِنَّهُ لَهُ وِجَاءٌ».

وهو سنة من سنن الرسول ﷺ، قال رسول الله ﷺ: «النِّكَاحُ سُنَّتِي، فَمَنْ رَغِبَ عَنْ سُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي»، بل هو سنة من سنن الأنبياء السابقين، قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِّن قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً﴾ [الرعد: ٣٨]، وقد كان الأنبياء - عليهم الصلاة والسلام - أعظم قدوة للخلق في الزواج =

أى: يستحب النكاح لمن وجد أهبة وقدر عليه إذا كان تائقًا إليه؛ لتحصين دينه، وهو أفضل له من التخلى للعبادة(١).

= كما فى غيره من الأفعال المحمودة، فأكدوا على الزواج وأوصوا به، ولم يذكر المؤرخون أن أحدًا من الأنبياء عاش بلا زواج سوى يحيى وعيسى - عليهما وعلى نبينا أفضل السلام - وقد قيل: إن السبب فى عدم زواج عيسى - عليه السلام - فساد نساء بنى إسرائيل فى زمنه؛ فلم يجد فيهن امرأة صالحة تليق بعشرته؛ لأنه بعث فى زمن انحطاط بنى إسرائيل

(١) النكاح مستحب غير واجب عندنا؛ لقوله - تعالى -: ﴿فَانكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٣] فعلقه بالاستطابة، وما كان واجبًا، لا يتعلق بالاستطابة.

وروى أبو أيوب الأنصارى: أن النبى ﷺ قال: «أَرْبَعٌ مِنْ سُنَنِ الْمُرْسَلِينَ: الْحَيَاءُ، والتَّعَطُّرُ، والسِّوَاكُ، والنِّكَاحُ».

وقال ﷺ: «مَنْ أَحَبَّ فِطْرَتِى، فَلْيَسْتَنَّ بِسُنَّتِى، وَمِنْ سُنَّتِى النِّكَاحُ». فعلقه على المحبة، وسماه سنة، وإذا أطلقت السنة، اقتضت المندوب إليه.

وقال ﷺ: «خَيْرُ النَّاسِ بَعدَ المائتين، خَفِيفُ الْحَاذِ» قيل: يَا رَسُولَ الله، وَمَنْ خَفِيفُ الحَاذِ؟ قالَ: «الَّذِى لَا أَهْلَ لَهُ وَلَا وَلَدَ».

ويقال: رجل خفيف الحاذ: إذا كان قليل لحم الفخذين.

ورُوِى أَنَّ امرأَةً أَتَتِ النَّبِى ﷺ، فَقَالَتْ: يا رَسُولَ الله، مَا حَقُّ الزَّوْجِ عَلَى الْمَرْأَةِ؟ فبيَّنَ لَهَا ذلكَ، فَقَالَتْ: لا والله! لا تَزَوَّجْتُ أَبدًا.

فلو كان النكاح واجبًا لأنكر عليها رسول الله ﷺ قولها.

ورُوِى: أَنَّ جَمَاعَةً مِنَ الصَّحَابةِ مَاتُوا ولَم يَتَزَوَّجُوا، ولَم يُنْكَرْ عَلَيهِم.

هذا مذهبنا، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأكثر أهل العلم.

وذهب داود الظاهرى إلى القول بوجوب النكاح على القادر على الوطء إن وجد ما يتزوج به وعجز عن التسرى، قال ابن حزم: وفرض على كل قادر على الوطء إن وجد ما يتزوج به أو يتسرى أن يفعل أحدهما، فإن عجز عن ذلك فليكثر من الصوم.

وقد استدل داود بالكتاب والسنة:

أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿فَانكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾ [النساء: ٣].

ووجه الدلالة من هذه الآية الكريمة: أن الله أمر فيها بالنكاح، والأصل فى الأمر أن يكون للوجوب؛ فيكون النكاح واجبًا.

وأما السنة: فقوله ﷺ: «يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ، مَنِ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ، فَلْيَتَزَوَّجْ؛ فَإِنَّهُ أَغَضُّ لِلْبَصَرِ، وأَحْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَستَطِعْ، فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ؛ فَإِنَّهُ لَهُ وِجَاءٌ» إلى غيره من الأحاديث الحاثة على النكاح. وقد حملوا - داود ومن وافقه - الأمر فى الحديث أيضًا على الوجوب.

ويجاب عن هذه الأدلة التى احتج بها داود بأن الأمر هنا ليس للوجوب، وإنما هو محمول على الندب:

أما الآية: فإن الله - تعالى - حين أمر بالنكاح علقه على الاستطابة بقوله: ﴿فَانكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم﴾، والواجب لا يتوقف على الاستطابة. وقال ﴿مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ﴾، ولا يجب ذلك بالاتفاق؛ فدل ذلك على أن الأمر فيها للندب لا للوجوب.

وأيضًا فإن الله - سبحانه وتعالى - خَيَّر بين النكاح وملك اليمين فى قوله: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا۟ فَوَٰحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٣]، وملك اليمين ليس بواجب بالإجماع، ولا يصح التخيير بين واجب وما ليس بواجب؛ لأن ذلك مخرج للواجب عن الوجوب؛ وعليه فيحمل الأمر فى الآية على =

وإن كان قادرًا غير تائق نظرت، فإن اشتغل بالعبادة فهى أفضل وإلا فالنكاح له أولى، كى لا تُفضى به البطالة إلى الفواحش.

وإن كان عاجزًا غير تائق كره له، وإن كان عاجزًا تائقًا فالأولى أن يكسر شهوته بالصوم، وإن لم يكسرها الصوم تزوج. ولا يكسرها بالكافور ونحوه.

ونكاح البكر أفضل، والولود أفضل من غيرها، وفى الحديث: «تزوجوا الولود الودود»(١).

وفى قوله: بكر ولود، تأويلان:

أحدهما: أنه يعرف ذلك من عشيرتها.

والثانى: أن المراد بالبكر البالغة؛ لأن البكر البالغة هى الولود الودود.

والدليل عليه قوله ﷺ فى الحث على الأبكار: «إنهن أنتق أرحامًا»(٢) قال الجوهرى فى «الصحاح»: نتقت المرأة إذا كثر ولدها، فهى ناتق.

وأما كونها ودودة فلا يخفى.

وذات النسب والأصل الزكى أفضل؛ للنهى عن خضراء الدمن وهى المرأة الحسناء فى المنبت السوء(٣).

ويستحب ألا تكون ذات قرابة قريبة كبنت العم؛ فإن الولد يخلق ضاويًا - أى نحيفًا -

---

= الندب.

وأما الحديث: فإنه أمر فيه من لم يستطع النكاح بالصوم، والصوم ليس بواجب فى هذه الحال؛ فكذلك النكاح.

أو نقول: إن الأمر فيه محمول على من يخشى على نفسه الوقوع فى محظور بترك النكاح؛ فيلزمه حينئذ إعفاف نفسه.

وإذا ثبت هذا فالراجح ما ذهب إليه أصحابنا الشافعية ومن وافقهم من عدم الوجوب، وخصوصًا أنه كان فى الصحابة من لم تكن له زوجة مع قدرته على النكاح ورسول الله ﷺ يعلم ذلك، ولم ينكر عليهم، كما أنه كان فى عصر الخلفاء ومن بعدهم من لم يتزوج، ولم ينقل إلينا عن أحد من الخلفاء أنه حتم على من ليست له زوجة أن يتزوج، ولو وقع ذلك لنقل إلينا بالتواتر؛ لأن هذا مما تعم به البلوى، فلما لم ينقل إلينا شىء من ذلك عن النبى ﷺ وخلفائه، دل ذلك على أن النكاح ليس بواجب

(١) أخرجه ابن حبان (٤٠٢٨).

(٢) أخرجه ابن ماجه (١٨٦١).

(٣) أخرجه الرامهرمزى والعسكرى فى الأمثال وابن عدى فى الكامل والقضاعى فى مسند الشهاب والخطيب فى إيضاح الملتبس عن أبى سعيد الخدرى كما فى تلخيص الحبير (٣/ ٣٠٣)ونقل عن الدارقطنى قوله: «لايصح من وجه». فى أ: السوء.

لضعف الشهوة، والبعيدة تشمل الأجنبية وبعيدة القرابة لكن الثانية أولى.

وقوله: وخطبة له. والخطبة ونظر غير عورة قبل تراض ولو تَغَفُّلا وإلا اسْتَوْصَفَ كهِى.

اى: وندب نكاح بكر مع نظر وجهها وكفيها، فيستحب لمن أراد أن يتزوج امرأة أن ينظر إلى وجهها وكفيها؛ للحديث: «انظر إليها فإنه أحْرَى أن يؤدم بينكما»[1].

ويباح هذا النظر، وإن خاف الفتنة فيسأل من ينظر إليها، وله أن يتغفلها وينظر إليها فى حال غفلتها وإن كرهت ذلك.

ويستحب أن يكون نظره إليها قبل الخطبة؛ خوفًا أن يرى ما لا يعجبه فيتركها فتتأذى.

ويستحب أن تنظر هى إليه؛ لأنها يعجبها منه ما يعجبه منها.

وأن يكون نظرها إليه قبل أن تقبل الخطبة منه.

فإن لم يتفق نظرٌ بَعث امرأة تتأملها وتصفها له عضوا عضوا وهى تستوصف أيضًا.

ويستحب النكاح أيضا مع خطبة يخطبها قبل النكاح؛ للحديث: «كل كلام لا يبدأ فيه بحمد الله تعالى فهو أجْذَمُ»[2].

ويحصل ذلك بخطبة الأجنبى أو الزوج أو الولى.

وليقل[3]: الحمد لله نحمده ونستعينه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات

---

(١) أخرجه الترمذى (١٠٨٧) وابن ماجه (١٨٦٦) والنسائى (٦/ ٦٩) عن المغيرة بن شعبة.

(٢) أخرجه أبو داود (٤٨٤٠) وابن ماجه (١٨٩٤) والنسائى فى الكبرى (٥/ ١٢٧) عن أبى هريرة واختلف فى وصله وإرساله ورجح النسائى والدارقطنى الإرسال، قاله الحافظ فى التلخيص (٣/ ٣١٥).

(٣) قال الشيخ أبو حامد: وقد روى فى بعض الروايات: أنه قال فى الثلاث الآيات: «يأيها الناس».

قال: وحكى عن بعض المتأخرين: أنه كان يقول: المحمود الله، والمصطفى رسول الله ﷺ، وخير ما عمل به كتاب الله.

قال: وزاد بعضهم، فكان يقول: المحمود الله ذو الجلال والإكرام، والمصطفى رسول الله ﷺ، وخير ما عمل به كتاب الله المفرِّق بين الحلال والحرام.

ويستحب أن يقول فى آخرها: والنكاح مما أمر الله به وندب إليه، ويقرأ ما يناسب ذلك من الآيات، ويذكر ما فى ذلك من الأخبار.

وأما الخطبة التى تتخلل العقد: فبأن يقول الولى: باسم الله، والحمد لله، وصلى الله على محمد رسول الله، أوصيكم بتقوى الله. ويقول كما روى عن ابن عمر - رضى الله عنهما -: أنكحتك على ما أمر الله به، من إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان.

ثم يقول الزوج: باسم الله، والحمد لله، وصلى الله على رسول الله، أوصيكم بتقوى الله، قبلت نكاحها.

واختلف أصحابنا فى صحة العقد مع ذلك:

فذكر الشيخ أبو حامد والمحاملى وابن الصباغ: أن ذلك يصح؛ لأن الخطبة متعلقة بالنكاح؛ فلم =

أعمالنا، من يهد الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادى له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأن محمدًا عبده ورسوله صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم، ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ﴾ [آل عمران: ١٠٢]، ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾ [النساء: ١]، ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا﴾(١) [الأحزاب: ٧٠-٧١].

ويستحب أن يقدم خُطبته قبل الخِطبة، فيحمد الله تعالى ويصلى على نبيه محمد ﷺ. ويوصى بتقوى الله ثم يقول: جئتكم خاطبًا كريمتكم.

= يؤثر فصلها بين الإيجاب والقبول، كالتيمم بين صلاتى الجمع.

وقيل: هذا تكلف؛ فإنه لو تخلل بين صلاتى الجمع بمقدار التيمم ما لم يكن لمصلحة الصلاة - لم يضر أصلًا، وموضع الوجهين ما إذا لم يطل الذكر بينهما، فإن طال قطعنا ببطلان العقد، قاله الإمام والبغوى والمتولى.

قال الرافعى: وكان يجوز أن يقال: إذا كان الذكر مقدمة القبول وجب ألا تضر إطالته؛ لأنها لا تشعر بالإعراض.

وحكى عن بعض أصحابنا: أن الفصل بين الإيجاب والقبول بالخطبة يبطل العقد، كما لو فصل بينهما بغير الخطبة، ويخالف التيمم؛ فإنه مأمور بين الصلاتين، والخطبة مأمور بها قبل العقد.

ويكره أن يقال للزوج بعد العقد: بالرفاء والبنين؛ لما روى: أن النبى ﷺ نهى أن يقال: بالرفاء والبنين.

ولكن يستحب أن يقال له: بارك الله لك، وبارك عليك، وجمع بينكما فى خير؛ لما روى أبو هريرة - رضى الله عنه -: أن النبى ﷺ كان إذا رفأ الإنسان - إذا تزوج - قال له ذلك.

قال الأصمعى: والرفاء يكون من الاتفاق وحسن الاجتماع، ومنه أخذ رفو الثوب؛ لأنه يضم بعضه إلى بعض ويلأم، ويكون من الهدوء والسكينة.

قال الشاعر:

رَفَوْنِى، وَقَالُوا: يَا خُوَيْلِدُ! لَمْ تُرَعْ فَقُلْتُ، وَأَنْكَرْتُ الْوُجُوهَ: هُمُ هُمُ

يقول: سكنونى.

فرع: قال ابن الرفعة: ويستحب أن يقول قبل العقد: أزوجك على ما أمر الله به من إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، وروى ذلك عن عمر - رضى الله عنه - ومعناه: أن كل زوج مؤاخذ فى أدب الدين بأن يمسك حليلته بمعروف أو يسرح بإحسان، وإنما استحب ذلك قبل العقد؛ حتى لا يقع شرطًا فى العقد.

ولو قيد الولى كلامه بذلك فقال: زوجتكها على أن تمسكها بمعروف أو تسرحها بإحسان، فقبل الزوج النكاح مطلقًا، أو صرح بالتزام ما شرط عليه - قال الإمام: فلأصحابنا وجهان فى صحة النكاح، والذى أراه أنهما إن أجرياه شرطًا ملتزمًا فالوجه البطلان، وإن قصدا الوعظ دون الالتزام لم يضر، وإن أطلقا احتمل أن يحمل على الشرط، واحتمل أن يحمل على الوعد

(١) وروت هذه الخطبة من حديث عبدالله بن مسعود أخرجه أبو داود (٩٦٩) والترمذى (١١٠٥) والنسائى (٢/٢٣٨، ٢٣٩) وابن ماجه (١٨٩٢).

ويخطب الولى كذلك، ثم يقول: لست بمرغوب عنه، وما أشبه ذلك.

وقوله: «وحرم نظر وتماس بين ذكر وأنثى ولو فى مبان كقلامة قدم لا لحاجة، وشدتها لفرج، ولا لصغر وحل استمتاع بكره نظر قبل ولا نظر ممسوح وعبدها ومحرم ما وراء سرة وركبة وكمحرم مماثل ولهما مسه، ومراهق كبالغ، وجاز نظر أمرد لا بشهوة أو خوف واحتيط بمشكل».

أى: اعلم أنه جرت العادة بذكر تحريم النظر هنا استطرادًا عند ذكر تجويزه للنكاح فيحرم على الرجل النظر إلى المرأة وإلى شىء من أجزائها.

وكذلك يحرم على المرأة النظر إلى الرجل وإلى شىء من أجزائه على الأصح الذى أشار النووى إلى تصحيحه فى «الروضة».

وجزم بتصحيحه فى «المنهاج»، واعترض فى «المهمات» على الرافعى فى تصحيحه أن نظرها إليه كنظر الرجل إلى الرجل.

وقال: قد ناقضه فى كتاب الصلاة فى وصل الشعر، وقال: إن المرأة يحرم عليها النظر إلى شعر الرجل. انتهى.

فيحرم على كُلٍّ نظر جزء من الآخر وإن أبين كقلامة ظفر يديها إلا عند من يقول بجواز النظر إلى كفيها.

والأصح الذى جزم بتصحيحه فى «المنهاج» أن نظرها إليه كنظره إليها؛ لقوله ﷺ: «أَفَعَمْيَاوَانِ أَنْتُمَا أَلَيْسَ تُبْصِرَانِهِ»(١).

وبه قطع صاحب المهذب وغيره.

ويستثنى من ذلك النظر للحاجة: كتحمل الشهادات وأدائها، والتداوى وما أشبه ذلك.

ويجوز النظر إلى الفرج عند تأكد الحاجة، وكذا المس.

وكذلك استثنى نظر الزوج والمالك ونظرها إليهما، بحيث يحل لهما الاستمتاع، والمس كالنظر فى حقهما.

وأما الدبر فلا يجوز النظر إليه؛ لأنه ليس محلا للاستمتاع.

وكذلك يستثنى النظر والمس مع الصغير، والمراد من لا يحسن الحكاية فيجوز النظر إليها متكشفًا والتكشف عنده.

---

(١) أخرجه أحمد (٦/ ٢٩٦) وأبو داود (٤١١٢) والترمذى (٢٧٧٨) عن أم سلمة وضعفه العلامة الألبانى فى الإرواء (١٨٠٦).

والأصح فيما اختاره النووى أنه يجوز النظر إلى فرج الصغير إلى سن التمييز، والنظر إلى فرج من يحل الاستمتاع به مكروه.

وكذلك إلى فرج الصغيرة.

وقيل: يحرم.

ويستثنى من ذلك أيضًا نظر الممسوح فإنه لا يحرم عليه أن ينظر من المرأة ما فوق السرة وتحت الركبة.

وكذلك عبدها ومحرمها، فأما الممسوح والعبد فيحرم عليهما المس وإن جاز النظر.

وأما الْمَحْرَمُ فيجوز له النظر والمس.

وكذا المماثل فيجوز للرجل أن ينظر من الرجل، والمرأة - غير ذمية - من المرأة ما فوق السرة وتحت الركبة وأن يمسه.

وقال بعضهم: لا يجوز للرجل أن يغمز رِجْل ابنته وأُمّه ولا أن يمس بطنهما ولا أن يقبل وجههما.

وقد ثبت أن أبا بكر قبل خَدَّ عائشة - رضى الله عنها - وهى مريضة[1].

وللمراهق حكم البالغ فى حقها فتحتجب عنه، ويمنعه الوالى[2] من النظر، وأما هو فلا يأثم به.

والنظر إلى الأمرد جائز كغيره.

وإنما يحرم بالشهوة أو خوف الفتنة، وأما الخنثى فيعمل فيه بالاحتياط فتقدره مع النساء رجلاً ومع الرجال امرأة.

وأما صوت المرأة فليس بعورة على الأصح.

ويحرم أن يضاجع الرجل الرجل والمرأة المرأة وليس بينهما حائل وإن كان كل فى جانب الفراش.

وقوله فى «الحاوى»: «ندب لمحتاج ذى أهبه نكاح بكر» إلى قوله: «ولا بنكاح وملك حتى السوءة بِكُرْهٍ» فيه أمور:

أحدها: أنه قصر الندب على المحتاج الواجد للأُهبة، وقد قالوا: إن الواجد للأُهبة غير المحتاج إذا لم يتخل للعبادة فإن النكاح له أفضل.

الثانى: قوله: «رأى وجهها وكفيها» فإنه لم يجعل الرؤية مندوبًا إليها وإنما جعل نكاح

---

(١) أخرجه البيهقى (١٠١/٧).

(٢) فى أ: الولى.

من قد رآها هو المندوب وليس كذلك، بل إذا أراد نكاح امرأة استحب له أن ينظر إلى وجهها وكفيها.

الثالث: أنه خصص نظر الرجل بحالة العزم على النكاح وأطلق جوازه فى المرأة.

وكل يُسْتَحَب له النظر بعد العزم وقبل العلم برضاها.

فينظر الرجل قبل أن يخطب المرأة قبل أن تجيب، وكما يبعث من تصفها له تبعث هى من يصفه لها.

الرابع: أنه يسوى بين المس والنظر فى الحرمة على الأجنبى.

واستثنى الحاجة فقال: «لا لحاجته»، ثم قال: «ولا ممسوح وعبدها» فاقتضى أن النظر والمس لهما بلا حاجة كهما للأجنبى للحاجة، وليس كذلك؛ فإنه لا يباح لهما إلا النظر، وأما المس فهما فيه كالأجنبى.

الخامس: قوله: «ومن أَمة»، الأصح الذى صححه النووى فى «المنهاج» وأشار إليه فى «الروضة» أنها كالحرة.

فقال: قلت: صرح صاحب البيان وغيره بأن الأمة كالحرة.

وهو مقتضى إطلاق الأكثرين، والأرجح دليلًا والله أعلم.

السادس: أنه عدّ الطفل مع الممسوح والمحرم فى إباحة النظر إلا فيما بين السرة والركبة، والطفل الذى لا يحكى يجوز كشف العورة عنده.

السابع: قوله: «كالمرأة»، الأصح عند النووى فى «المنهاج» و«الروضة» أنه يحرم عليها منه ما يحرم عليه منها؛ لقوله ﷺ: «أَفَعَمْيَاوَانِ أَنْتُمَا».

الثامن: قوله: «لا الفرج»، الأصح أن النظر إلى فرج الصغيرة جائز.

قال النووى فى «الروضة»: وقد قطع القاضى حسين بالجواز، وصحح المتولى إباحته من غير المميزة؛ لتسامح الناس فى ذلك قديمًا وحديثًا، ولما روى أنه ﷺ قَبَّل زُبَيْبَةَ الْحسن أى بَيْن السُّرَّةِ وَالرُّكْبَةِ»[1].

التاسع: قوله: «ولا بنكاح وملك»، مقتضاه أن الملك والنكاح يبيحان المس والنظر إلى ما تحت الإزار مطلقًا.

وليس كذلك بل ذلك مقيد بحل الاستمتاع، فيحرم عليه النظر إلى ما بين السرة والركبة من زوجته المعتدة من غيره لشبهة، وأما الحيض والرهن فلا أثر لهما لقرب الزوال، ولا

---

(١) أخرجه البيهقى وغيره كما فى خلاصة البدر المنير (١/ ٥٥).

إلى أمته المزوجة، والمعتدة، والمكاتبة.

العاشر: وقوله: «حتى السوءة والدبر» وهو كذلك فى القبل، يطلق على القبل بكرة السَوْءة، أما الدبر فلا يجوز النظر إليه؛ لأنه ليس بمحل الاستمتاع، نص عليه الدارمى.

وقوله: وحرم خطبة معتدة غير صريحا، ورجعية تعريضا كجواب، ومخطوبة صرحت برضا أو المجبر أو قاض لمجنونة، وجاز ذكر عيب خاطب.

أى: اعلم أنه إذا كانت المرأة خلية من العدة خُطِبَتْ ولا حرج بل قيل باستحبابها.

وإن كانت معتدة حرم التصريح بخطبتها على غير صاحب العدة، [سواء كانت معتدة على نكاح صحيح أو شبهة][(١)].

وكذا يحرم التصريح فى عدة الوفاة، ويجوز التعريض بالخطبة للمعتدة غير الرجعية؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ﴾ [البقرة: ٢٣٥].

وأما الرجعية فيحرم التعريض بخطبتها؛ لأنها فى حكم الزوجة.

والتصريح كقوله: أريد أن أتزوجك.

والتعريض: كربَّ راغب فيك، وأنت جميلة، ونحوه، وهى فى الجواب مثله إن جاز له التعريض بالخطبة جاز لها التعريض فى الجواب، وإن حرم عليه التعريض حرم عليها.

وتحرم خِطْبة من خطبها غيره، سواء كان الخاطب مسلمًا أو ذميًّا إلا إذا أذن؛ لقوله ﷺ: «لَا يَخْطُبُ الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ»[(٢)].

وإنما يحرم إذا علم أن الخاطب قد صرح له بالإجابة، والمعتبر إجابتها هى إن كانت غير مجبرة وإلا فالمجبر أو إجابة القاضى فى مجنونة لا مجبر لها.

وإن كانت الإجابة غير صريحة، كقوله: لا يرغب عن مثلك، أو علم بالخطبة ولم يعلم بما أجيب، فله الهجوم على الخطبة.

والهجوم الدخول على غفلة؛ لأن الخاطب الثانى لا يبطل على من لم يصرح له بالإجابة شيئًا متقررًا[(٣)].

ومن لم يعلم بالإجابة معذور؛ لأن فاطمة بنت قيس - رضى الله عنها - أخبرت

---

(١) بدل ما بين المعقوفين فى أ: وإنما يحرم خطبة معتدة عن نكاح صحيح، أما عن الشبهة فالمذهب جواز خطبتها.

(٢) أخرجه البخارى (٥١٤٢) ومسلم (٤٩/ ١٤١٢) عن ابن عمر.

(٣) فى أ: منفردًا.

رسول الله ﷺ أن معاوية وأبا جهم خطباها، فقال لها رسول الله ﷺ: «أما معاوية فصعلوك لا مال له، وأما أبو الجهم فلا يضع العصا عن عاتقه، انكحى أسامة» فخطبها لأسامة؛ لأنه لم يعلم أنها أجابت أحدًا[١].

ولا يكره[٢] ذكر عيب الخاطب لتحذير المخطوبة بدليل قصة فاطمة، وكذلك يجوز التحذير فى غير النكاح كالشركة والقراض وغير ذلك.

وقوله فى الحاوى: «وحرم كالجواب صريح خطبة المعتدة والتعريض للرجعية، وعليها إن علم أجاب المجبر أو غير المجبرة، أو السلطان فى المجنونة نطقًا»: فيه أمور:

أحدها: أن المراد عدة غير الخاطب، وأما الخاطب فى عدة نفسه فيجوز مطلقًا، سواء كانت عدة شبهة أو نكاح[٣].

[الثانى: أن مقتضاه تحريم خطبة المعتدة عن الشبهة أيضًا، والذى ذكره فى «العزيز» و«الروضة» أن المذهب عدم التحريم].

الثالث: قوله: «إن علم أجاب المجبر» كان الأحسن أن يقول إجابة المجبر، ولعل الهاء سقطت من الناسخ.

الرابع: أن قوله «نطقًا»، صوابه صريحًا؛ لأن الإجابة بالتعريض نطق، والخطبة لا تحرم بها كما قالوا.

وقوله: «وصحته بلفظ: تزويج، أو إنكاح، أو ترجمته، فى إيجاب وقبول معين للمنكوحة ولو استدعاء كزوجنيها وإن تخلل خطبة خفيفة».

أى: وإنما يصح النكاح بأحد هذين اللفظين: التزويج، أو الإنكاح، يأتى به فى الإيجاب وفى القبول، فإذا قال: زوَّجتك، فلا يكفى أن يقول: قبلت، بل لا بد أن يأتى أيضًا بأحد اللفظين.

وأن يُعين به المقصود فى القبول كما عينه به فى الإيجاب فيقول: قبلت تزويجها أو نكاحها، أو هذا التزويج، أو هذا النكاح. فلو قال: قبلت النكاح، لم يصح على الأصح.

ويصح بالاستدعاء بأن يقول الخاطب: زوّجنيها، فيقول الولى: زوجتكها، أو يقول

---

(١) أخرجه مسلم (٣٦/ ١٤٨٠).

(٢) فى أ: يحرم.

(٣) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

الولى: تزوج ابنتى، فيقول: تزوجتها.

وشرط الاستدعاء أن يكون جازمًا هكذا لا استفهامًا؛ لأن الأعرابى الذى خطب الواهبة قال للنبى ﷺ: زوجنيها، فقال: «زوَّجتكها»[1].

ولم ينقل أنه قال بعد ذلك: قبلت نكاحها.

وعلم من حصره فى هذين اللفظين أنه لا ينعقد بالكناية.

ويصح أن يترجم عنهما بالعجمية وإن كان يحسن العربية على الأصح.

ولو تخلل بينهما خطبة خفيفة، بأن قال الولى مثلا: الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله ﷺ، أوصيكم بتقوى الله، زوجتك ابنتى فقال الزوج: الحمد الله والصلاة والسلام على رسول الله ﷺ، أوصيكم بتقوى الله، قبلت نكاحها - ففى صحة هذا النكاح وجهان:

الذى صححه فى «العزيز» و«الروضة» ونسبه إلى الجمهور: صحته. وقالوا: إن هذه الخطبة مستحبة.

وقال النووى فى «المنهاج»: الأصح عدم الاستحباب، وكأنه رأى ذلك للخروج من الخلاف فى الصحة.

فإن أطال الزوج فى الخطبة بطل العقد، وكذلك إذا تخللهما كلام يسير من القابل للعقد.

وقيل: من الموجب أيضًا.

ويستحب الدعاء للزوجين بعد العقد، فيقال: «بارك الله لك وبارك عليك وجمع بينكما فى خير».

وقوله فى «الحاوى»: «وقبلت نكاحها أو تزويجها. . .» إلى قوله «. . . وندب تخلل التحميد والصلاة» فيه أمور:

أحدها: أنه حصر القبول فيما مثل به من إضافة النكاح، ومثله: قبلت هذا النكاح، أو هذا التزويج وتعيينه فيها بالإشارة كتعيينه بالإضافة.

الثانى: قوله «ندب تخلل التحميد والصلاة» هو مقتضى كلام «الروضة» وصحح فى «المنهاج» عدم الاستحباب.

الثالث: أنه أهمل[2] الوصية بالتقوى بعد التحميد والصلاة. وقد ذكره فى «الروضة»

---

(١) أخرجه البخارى (٥١٣٢) ومسلم (٧٦/ ١٤٢٥).

(٢) فى أ: أبدل.

عمن يقول بالاستحباب.

وقوله: «إن نُجِّزَ وأُطلق بشرط أن يفهمه لا إذنها أهْلا شهادات ولو مَسْتُورى عدالة لا إسلام وحرية، وَبَانَ بتبين جَرْح عام فَسَاده».

أى: وصحته لفظ تزويج نجز؛ فلا يجوز[١] معلقًا بشرط.

فلو أخبر رجل آخر بمولود له فقال: إن كان بنتا فقد زوجتكها، أو قال: إن كانت بنتى قد طلقت أو مات زوجها فقد زوجتكها، لم يصح، وإن كان الأمر كذلك لفساد الصيغة.

أما لو بُشِّر ببنت فقال: إن صدق المخبر فقد زوجتكها، فإنه يصح، كذا ذكره فى «المهذب»[٢] وليس ذلك تعليقًا بل تحقيقًا كما إذا قال لزوجته: إن كنت زوجتى فأنت طالق.

وتكون «إنْ» بمعنى «إذ»؛ كقوله تعالى: ﴿وَخَافُونِ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ﴾ [آل عمران: ١٧٥].

ويشترط أن يُطْلِقَ النكاح فلا يقيده بوقت معلوم ولا مجهول؛ لأنه ﷺ نهى عن نكاح المتعة[٣]، وهو المؤقت[٤].

---

(١) فى أ: فلا يصح.

(٢) فى أ: التهذيب.

(٣) أخرجه البخارى (٥١١٥) ومسلم (٢٩/١٤٠٧).

حديث على:

أخرجه مالك، والبخارى، ومسلم، والنسائى، والترمذى، وابن ماجه، والشافعى، وأحمد، والطيالسى، والدارمى، والحميدى، وابن الجارود وأبو يعلى، والطبرانى فى المعجم الصغير، والطحاوى فى شرح معانى الآثار، والدارقطنى، وأبو نعيم فى الحلية، والبيهقى، والخطيب فى تاريخ بغداد، والبغوى فى شرح السنة، من طرق عن الزهرى عن عبد الله والحسن ابنى محمد ابن على عن أبيهما عن على بن أبى طالب؛ أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر، وعن أكل لحوم الحمر الأنسية.

قال الترمذى: حديث على حديث حسن صحيح.

وقال أبو نعيم: هذا حديث صحيح متفق عليه.

وقال البغوى: هذا حديث متفق على صحته.

والحديث أخرجه الخطيب فى تاريخ بغداد من طريق مالك عن الزهرى عن عبد الله - وحده دون ذكر الحسن - عن أبيه عن على بن أبى طالب به.

وللحديث طريق أخرى عن على:

أخرجه الدارقطنى، ومن طريقه الحازمى فى الاعتبار، من طريق ابن لهيعة عن موسى بن أيوب عن إياس بن عامر عن على بن أبى طالب قال: نهى رسول الله ﷺ عن المتعة قال: وإنما كانت لمن لم يجد، فلما أنزل النكاح والطلاق والعدة والنكاح والميراث بين الزوج والمرأة، نسخت. =

. . . .

= وقال الحازمي: غريب من هذا الوجه، وقد روى من طرق تقوى بعضها بعضًا.

وقال الزيلعي فى نصب الراية: وضعفه ابن القطان فى كتابه. اهـ.

وقد جاء النهى عن علي موقوفًا أخرجه عبد الرزاق عنه قال: نسخ رمضان كل صوم، ونسخت الزكاة كل صدقة، ونسخ المتعة الطلاق والعدة والميراث.

قلت: وسنده ضعيف.

حديث عمر بن الخطاب:

أخرجه ابن ماجه، من طريق أبان بن أبى حازم عن أبى بكر بن حفص عن ابن عمر قال: لما ولى عمر بن الخطاب خطب الناس فقال: إن رسول الله ﷺ أذن لنا فى المتعة ثلاثًا ثم حرمها، والله لا أعلم أحدًا يتمتع وهو محصن إلا رجمته بالحجارة، إلا أن يأتى بأربعة يشهدون أن رسول الله ﷺ أحلها بعد إذ حرمها.

قال البوصيرى فى الزوائد: هذا إسناد فيه مقال، أبو بكر بن حفص ذكره ابن حبان فى الثقات، وقال ابن أبى حاتم عن أبيه: كتبت عنه وعن أبيه، وكان أبوه يكذب؟ قلت: لا بأس به قال: لا يمكنني أن أقول: لا بأس به. انتهى. وأبان بن أبى حازم مختلف فيه. انتهى كلام البوصيرى.

وأبان هو ابن عبد الله بن أبى حازم البجلى الأحمسى.

قال البخارى: صدوق الحديث كما فى «علل الترمذى»

وقال أحمد: صالح الحديث، كما فى «العلل ومعرفة الرجال».

وقال العجلى: ثقة الثقات.

وقال ابن حبان فى المجروحين: كان ممن فحش خطؤه وانفرد بالمناكير.

وضعفه النسائى فقال: ليس بالقوى. وكذا الدارقطنى كما فى التهذيب.

وقال الحافظ ابن حجر فى التقريب: صدوق، فى حفظه لين.

وصحح الحافظ سنده فى التلخيص.

حديث سلمة بن الأكوع:

أخرجه أحمد، ومسلم، والدارقطنى، والبيهقى كلهم من طريق عبد الواحد بن زياد: حدثنى أبو عميس عن إياس بن سلمة عن أبيه؛ أن النبى ﷺ رخص فى متعة النساء عام أوطاس ثلاثة أيام، ثم نهى عنها.

حديث سبرة بن معبد الجهنى:

أخرجه مسلم، وأبو داود، والنسائى، وابن ماجه، والشافعى، والحميدى، وأحمد، والدارمى، وابن الجارود، وأبو يعلى، والطحاوى فى شرح معانى الآثار، والبيهقى، وأبو نعيم فى الحلية، والخطيب فى تاريخ بغداد، من طريق الربيع بن سبرة بن معبد عن أبيه؛ أن النبى ﷺ نهى عن نكاح المتعة.

حديث أبى هريرة:

أخرجه أبو يعلى، وابن حبان، والدارقطنى، والبيهقى، كلهم من طريق مؤمل بن إسماعيل، حدثنا عكرمة بن عمار قال: أخبرنى سعيد المقبرى عن أبى هريرة قال: خرجنا مع رسول الله ﷺ فى غزوة تبوك، فنزلنا ثنية الوداع، فرأى رسول الله ﷺ مصابيح ورأى نساء يبكين، فقال: ما هذا؟ فقال: نساءٌ تمتع منهن يبكين، فقال رسول الله ﷺ: حرَّم - أو قال: هدم - المتعة النكاح والطلاق والعدة والميراث.

وذكره الهيثمى فى مجمع الزوائد، وقال: رواه أبو يعلى، وفيه مؤمل بن إسماعيل، وثقه =

. . . .

= ابن معين وابن حبان، وضعفه البخاري، وغيره، وبقية رجاله رجال الصحيح.
وذكره الحافظ في المطالب العالية، وعزاه إلى أبي يعلى.
وقال في التلخيص: إسناده حسن.
وقد خالف مؤمل في هذا الحديث بشر بن عمر الزهراني:
أخرجه الحارث بن أبي أسامة ثنا بشر بن عمر الزهراني، ثنا عكرمة بن عمار، حدثني عبد الله ابن سعيد المقبري قال رسول الله ﷺ: تهدم المتعة النكاح والطلاق والعدة والميراث. هكذا مرسلاً.
وذكره الحافظ في المطالب العالية، وعزاه للحارث وقال: هكذا قال بشر بن عمر.
حديث جابر:
أخرجه الطبراني في الأوسط كما في مجمع الزوائد، والحازمي في «الاعتبار في الناسخ والمنسوخ»، عن جابر قال: خرجنا ومعنا النسوة اللاتي استمتعنا بهن حتى أتينا ثنية الركاب، فقلنا: يا رسول الله هؤلاء النسوة اللاتي استمتعنا بهن، فقال رسول الله ﷺ: هن حرام إلى يوم القيامة، فودعننا عند ذلك، فسميت عند ذلك ثنية الوداع، وما كانت قبل ذلك إلا ثنية الركاب.
وقال الهيثمي: رواه الطبراني في الأوسط وفيه صدقة بن عبد الله، وثقه أبو حاتم وغيره، وضعفه أحمد وجماعة، وبقية رجاله رجال الصحيح.
حديث ثعلبة بن الحكم:
ذكره الهيثمي في مجمع الزوائد، أن النبي ﷺ نهى يوم خيبر عن نكاح المتعة.
وقال الهيثمي: رواه الطبراني في الأوسط ورجاله رجال الصحيح خلا شريك، وهو ثقة.
حديث ابن عمر:
أخرجه الطبراني في الأوسط كما في مجمع الزوائد، من طريق سالم بن عبد الله قال: أتى عبد الله بن عمر فقيل له: إن ابن عباس يأمر بنكاح المتعة، فقال ابن عمر: سبحان الله!! ما أظن ابن عباس يفعل هذا، قالوا: بلى إنه يأمر به، قال: وهل كان ابن عباس إلا غلامًا صغيرًا إذ كان رسول الله ﷺ . . . ثم قال ابن عمر: نهانا عنها رسول الله ﷺ، وما كنا مسافحين.
وقال الهيثمي: رواه الطبراني في الأوسط ورجاله رجال الصحيح، خلا المعافى بن سليمان، وهو ثقة.
وذكره الحافظ في التلخيص، وقال: إسناده قوي.
وأخرج البيهقي، من طريق عبد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر؛ أنه سئل عن متعة النساء، فقال حرام، أما إن عمر بن الخطاب لو أخذ فيها أحدًا لرجمه بالحجارة.
وللحديث طريق أخرى:
أخرجه البلخي في مسند أبي حنيفة كما في جامع المسانيد، للخوارزمي من طريق أبي حنيفة عن محارب بن دثار عن ابن عمر رضي الله عنهما؛ أن رسول الله ﷺ نهى يوم خيبر عن متعة النساء.
حديث أبي ذر:
أخرجه البيهقي، عنه قال: إنما أحلت لنا أصحاب رسول الله ﷺ متعة النساء ثلاثة أيام، ثم نهى عنها رسول الله ﷺ.
حديث ابن عباس:
أخرجه الترمذي، والبيهقي، من طريق موسى بن عبيدة الربذي عن محمد بن كعب عن ابن عباس قال: إنما كانت المتعة في أول الإسلام، كان الرجل يقدم البلدة ليس له بها معرفة، فيتزوج المرأة بقدر ما يرى أنه يقيم، فتحفظ له متاعه، وتصلح له شيئه، حتى إذا نزلت الآية =

. . . .

= ﴿إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ﴾ قال ابن عباس: فكل فرج سوى هذين فهو حرام.

وهذا إسناد ضعيف؛ لضعف موسى بن عبيدة الربذى.

وهذا الأثر يحتج به الذين يقولون برجوع ابن عباس عن فتواه بجواز المتعة.

حديث رجل:

أخرجه الطبرانى فى الكبير كما فى المجمع، عن زيد بن خالد الجهنى قال: كنت أنا وصاحب لى نماكس امرأة فى الأجل وتماكسنا، فأتانا آت فأخبرنا أن رسول الله ﷺ حرم نكاح المتعة، وحرم أكل كل ذى ناب من السباع والحمر الأنسية.

وقال الهيثمى: وفيه موسى بن عبيدة الربذى، وهو ضعيف.

حديث الحارث بن غزية:

ذكره الهيثمى فى المجمع عنه قال: سمعت النبى ﷺ يقول يوم فتح مكة: متعة النساء حرام، ثلاث مرات.

وقال الهيثمى: رواه الطبرانى، وفيه إسحاق بن عبد الله بن أبى فروة، وهو ضعيف.

حديث سهل بن سعد:

ذكره الهيثمى فى المجمع عنه قال: إنما رخص رسول الله ﷺ فى المتعة لحاجة كانت بالناس شديدة، ثم نهى عنها بعد.

وقال الهيثمى: رواه الطبرانى، وفيه يحيى بن عثمان بن صالح وابن لهيعة، وكلاهما حديثه حسن وفيه كلام، وبقية رجاله رجال الصحيح.

حديث كعب بن مالك:

ذكره الهيثمى فى المجمع عنه قال: نهى رسول الله ﷺ عن متعة النساء.

وقال الهيثمى: رواه الطبرانى، وفيه يحيى بن أبى أنيسة، وهو متروك.

حديث ابن مسعود:

ذكره الخوارزمى فى جامع المسانيد، وعزاه إلى محمد بن الحسن فى «الآثار» والحسين بن خسرو فى مسند أبى حنيفة عن أبى حنيفة عن إبراهيم عن عبد الله بن مسعود أنه قال فى متعة النساء: إنما رخصت لأصحاب النبى ﷺ ثلاثة أيام فى غزاة لهم شكوا إلى النبى ﷺ، ثم نسختها آية النكاح والصداق والميراث.

حديث أنس:

أخرجه أبو محمد البخارى، وطلحة بن محمد، وأبو بكر محمد بن عبد الباقى، والحسن بن زياد فى «مسند أبى حنيفة» كما فى جامع المسانيد عن أبى حنيفة عن الزهرى عن أنس أن النبى ﷺ نهى عن المتعة.

حديث حذيفة:

أخرجه أبو محمد البخارى فى مسند أبى حنيفة كما فى جامع المسانيد عن أبى حنيفة عن حماد عن سعيد بن جبير عن حذيفة قال: سمعت رسول الله ﷺ حرم متعة النساء.

حديث عائشة:

أخرجه الحاكم، والبيهقى، والحارث بن أبى أسامة (٤٧٨ - بغية الباحث) من طريق نافع ابن عمر عن ابن أبى مليكة قال: سئلت عائشة عن متعة النساء فقالت: بينكم وبينى كتاب الله، وقرأت ﴿إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾ من ابتغى وراء ما زوجه الله أو ملكه فقد عدا.

=

. . . .

= وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين، ووافقه الذهبى.
وذكره الحافظ ابن حجر فى المطالب العالية، وعزاه للحارث.

(٤) المتعة فى اللغة: الانتفاع، يقال: تمتعت بكذا، واستمتعت: بمعنى، والاسم المتعة. قال الجوهرى: ومنه متعة النكاح، ومتعة الطلاق، ومتعة الحج؛ لأنه انتفاع.

أما فى الاصطلاح: فأن يتزوج الرجل المرأة مدة من الزمن سواء أكانت المدة معلومة، مثل أن يقول: زوجتك ابنتى - مثلًا - شهرًا، أو مجهولة مثل أن يقول: زوجتك ابنتى إلى قدوم زيد الغائب، فإذا انقضت المدة فقد بطل حكم النكاح، وإنما سمى النكاح لأجل بذلك لانتفاعها بما يعطيها، وانتفاعه بقضاء شهوته؛ فكان الغرض منهما مجرد التمتع دون التوالد وغيره من أغراض النكاح.

ولقد كانت المتعة منتشرة عند العرب فى الجاهلية، فكان الرجل يتزوج المرأة مدة، ثم يتركها من غير أن يرى العرب فى ذلك غضاضة، فلما جاء الإسلام أقرهم على ذلك فى أول الأمر، ولم نعلم أن النبى ﷺ نهى عن المتعة إلا فى غزوة خيبر فى السنة السابعة من الهجرة، فقد روى عن على - رضى الله عنه - أن رسول الله ﷺ «نَهَى عَنْ مُتْعَةِ النِّسَاءِ يَوْمَ خيبرَ، وَعن أَكْلِ لُحوم الْحُمُرِ الأنسية» واستمر الأمر على ذلك، حتى فتح مكة، حيث ثبت أن النبى ﷺ أباحها ثلاثة أيام، وفى بعض الروايات أنه أباحها يوم أوطاس، ولكن الحقيقة أن ذلك كان فى يوم الفتح، ومن قال: يوم أوطاس، فذلك لاتصالها بها، ثم حرمها رسول الله ﷺ بعد ذلك إلى يوم القيامة.

فيعلم من هذا أن المتعة كانت مباحة قبل خيبر، ثم حرمت فى خيبر، ثم أبيحت يوم الفتح، ثم حرمت بعد ذلك إلى يوم القيامة؛ فتكون المتعة مما تناولها التحريم والإباحة مرتين.

وقد نشأ عن هذا الاختلافُ فى المتعة بين الصحابة: فمنهم من يرى أن إباحة المتعة قبل خيبر كانت للضرورة، وللحاجة، ثم لما ارتفعت الحاجة فى خيبر نهى عنها رسول الله ﷺ، ثم لما تجددت الحاجة عام الفتح أذن فيها، ولما ارتفعت الحاجة نهى عنها، وعليه فتكون المتعة مباحة عند الحاجة، وبهذا كان يقول ابن عباس - رضى الله عنهما - إلا أنه رجع عنه كما سيأتى بيانه.

ومنهم من يرى أن نهى النبى ﷺ عن المتعة يوم خيبر كان نسخًا لها، ثم رفع النسخ فى يوم الفتح ثلاثة أيام، ثم نسخت بعد ذلك إلى يوم القيامة، وإلى هذا ذهب جمهور الصحابة.

وقد اختلف الفقهاء بعد ذلك فى المتعة هل هى محرمة؛ فتكون من الأنكحة الفاسدة، أو مباحة؛ فتكون من الأنكحة الصحيحة:

فذهب الجمهور إلى القول بتحريمها، وأنها من الأنكحة الفاسدة التى تفسخ مطلقًا قبل الدخول وبعده، وهو مذهب الأئمة الأربعة.

وذهب الإمامية من الشيعة إلى القول بإباحة نكاح المتعة إلى يوم القيامة، بل منهم من تغالى فى ذلك، وقال: إنها قربة.

وعليه فالخلاف فى المتعة بين الجمهور والإمامية.

ولما لم أجد كتابًا من كتب الإمامية أثق به لأستطيع استيفاء الكلام على مذهبهم فى المتعة رأيت أن أكتفى بما قاله شرف الدين الصنعانى، وهو من علماء الشيعة، فإنه بعد أن ذكر الحديث عن على قال ما نصه: والحديث يدل على تحريم نكاح المتعة للنهى عنه، وهو النكاح المؤقت إلى أمد مجهول أو معلوم، وغايته إلى خمسة وأربعين يومًا، ويرتفع النكاح بانقضاء الوقت المذكور فى المنقطعة الحيض، والحائض بحيضتين، والمتوفى عنها بأربعة أشهر وعشر، ولا يثبت لها مهر ولا نفقة ولا توارث، ولا عدة إلا الاستبراء بما ذكر، ولا نسب يثبت به إلا أن يشترط، وتحرم =

. . . .

= المصاهرة بسببه. هكذا ذكره فى بعض كتب الإمامية.

وقد استدل الإمامية على القول بإباحة المتعة بالكتاب، والأثر، والمعقول، والإجماع:

أما الكتاب: فقول الله - تعالى -: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [النساء: ٢٤] فإنهم حملوا الاستمتاع فى الآية على المتعة، وقالوا: المراد بقوله - تعالى -: ﴿فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]: أجر المتعة، ومما يؤيد أن الآية فى المتعة قراءة أبى وابن عباس: «فما استمتعتم به منهن إلى أجل» [النساء: ٢٤] فهى صريحة فى المتعة.

وأما الأثر: فأولًا: ما روى أن ابن عباس كان يفتى بالمتعة.

ووجه الدلالة من هذا: أنهم قالوا: لو لم تكن المتعة مباحة، لما أفتى بها ابن عباس إذ لا يليق بمثله أن يفتى بها مع أنها محرمة.

وثانيًا: بما روى عن جابر - رضى الله عنه - قال: تمتعنا على عهد رسول الله ﷺ وأبى بكر، وصدرًا من خلافة عمر، ثم نهانا عمر.

ووجه الدلالة من هذا: أن جابرًا - رضى الله عنه - أخبر أنهم استمتعوا فى زمن النبى ﷺ وفى خلافة أبى بكر، وفى صدر من خلافة عمر، وهذا يدل على أن المتعة مباحة، وإنما نهى عنها عمر من باب السياسة الشرعية.

وأما المعقول: فقد قالوا: إنها منفعة خالية من جهات القبح، ولا نعلم فيها ضررًا عاجلًا ولا آجلًا، وكل ما هذا شأنه فهو مباح؛ فالمتعة مباحة.

وأما الإجماع: فإنهم قالوا: أجمع أهل البيت على إباحتها.

وتناقش هذه الأدلة التى تمسك بها الإمامية بما يأتى:

أما الآية فيقال لهم فيها: إنها بمعزل عن الدلالة لكم؛ إذ هى محمولة على النكاح الدائم، وما يجب للمرأة من المهر كاملًا إذا استمتع بها الزوج، ويؤيد هذا أنها وردت فى سياق الكلام على النكاح بالعقد المعروف بعد الكلام على أجناس يحرم التزوج بها، وتسمية المهر أجرًا لا يدل على أنه أجر المتعة، فقد سمى المهر أجرًا فى غير هذا الموضع؛ كقوله - تعالى -: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللَّاتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ﴾ [الأحزاب: ٥٠] أى: مهورهن، وكقوله - تعالى -: ﴿فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [النساء: ٢٥] أى: مهورهن.

وأما قراءة أبى وابن عباس، فهى شاذة، والقراءة الشاذة لا تعارض القطعى وهى الآية الدالة على التحريم، وهى قوله - تعالى -: ﴿إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ [المؤمنون: ٦] مع أن الدليلين: إن تساويا فى القوة، وتعارضا فى الحل والحرمة - قدم دليل الحرمة منهما.

ويقال لهم فيما روى عن ابن عباس: إنه ثبت رجوعه عنه، وقد كان يفتى بها أولًا؛ لأنه فهم من نهى النبى ﷺ عنها يوم خيبر، ثم إباحتها يوم الفتح، ثم نهى عنها بعد ذلك - أن الإباحة كانت للضرورة، والنهى عند ارتفاعها؛ يؤيد ذلك ما رُوى عن شعبة عن أبى جمرة قال: سمعت ابن عباس سئل عن متعة النساء، فرخص فيها، فقال له مولى له: إنما ذلك فى الحال الشديد، وفى النساء قلة، فقال ابن عباس: نعم. فإنه يعلم من هذا: أن ابن عباس كان يتأول فى إباحة نكاح المتعة لمضطر إليه، ثم توقف بعد ذلك لما ثبت له النسخ.

ومما يؤيد رجوع ابن عباس ما أخرجه الترمذى: أن ابن عباس قال: إنما كانت المتعة فى أول الإسلام، كان الرجل يقدم البلدة ليس له بها معرفة، فيتزوج المرأة بقدر ما يرى أنه يقيم، فتحفظ له =

. . . .

= متاعه، وتصلح له شأنه، حتى نزلت: ﴿إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ﴾ [المؤمنون: ٦] فقال ابن عباس: فكل فرج سواهما حرام.

وقد روى رجوعه - أيضًا - البيهقى، وأبو عوانة فى صحيحه، وروى عنه أنه قال عند موته: «اللهم إنى أتوب إليك من قولى فى المتعة والصرف».

وعليه فلا يصح الاحتجاج بفتوى ابن عباس، وقد رجع عنها.

ويقال لهم فى أثر جابر: إن قوله: «تمتعنا. . . إلخ» يحمل على أن من تمتع لم يبلغه النسخ، حتى نهى عنها عمر، أو يكون جابر - رضى الله عنه - قال ذلك لفعلهم فى زمن رسول الله ﷺ ثم لم يبلغه النسخ، حتى نهى عنها عمر، فاعتقد أن الناس باقون على ذلك؛ لعدم الناقل عنده.

والقول بأن عمر هو الذى نهى عنها، وأن ذلك من قبيل السياسة الشرعية - غير مسلم؛ فإن عمر إنما قصد الإخبار عن تحريم النبى ﷺ ونهيه عنها؛ إذ لا يجوز أن ينهى عما كان النبى ﷺ أباحه، وبقى على إباحته؛ ومما يؤيد أن نهيه عنها ليس من قبيل السياسة الشرعية، بل أنه نهى عنها لما علم نهى النبى ﷺ: ما روى من طريق سالم بن عبد الله عن أبيه عن عمر، قال: صعد عمر المنبر، فحمد الله، وأثنى عليه، ثم قال: «ما بال رجال ينكحون هذه المتعة، وقد نهى رسول الله ﷺ عنها، لا أوتى بأحد نكحها إلا رجمته».

ويقال لهم فى المعقول: لا نسلم أنها منفعة خالية من جهات القبح، ولا ضرر فيها فى الآجل ولا فى العاجل، بل الضرر يتحقق فيها؛ فإن فيها امتهان المرأة، وضياع الأنساب؛ فإنه مما لا شك فيه أن المرأة التى تنصب نفسها؛ ليستمتع بها كل من يريد، تصبح محتقرة فى أعين الناس.

وأيضًا: فهو معقول فى مقابلة النص، وهو باطل.

ويقال لهم فى الإجماع - أولًا -: إن إجماع أهل البيت على فرض إجماعهم ليس بحجة، فما بالك والإجماع لم يصح عنهم؟! فهذا زيد بن على، وهو من أعلمهم يوافق الجمهور، ثم إن الإمام عليًا - رضى الله عنه - وهو رأس الأئمة عندهم يقول بتحريمها، فقد روى من طريق جويرية عن مالك بن أنس عن الزهرى: أن عبد الله والحسن ابنى محمد بن على بن أبى طالب حدثاه عن أبيهما أنه سمع على بن أبى طالب يقول لابن عباس: «إنك رجل تائه - أى: حائر - إن رسول الله ﷺ نهى عن المتعة».

وأما الجمهور: فقد استدلوا على تحريم نكاح المتعة بالكتاب، والسنة، والمعقول، والإجماع:

أما الكتاب: فقول الله - تعالى -: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾ [المؤمنون: ٦].

ووجه الدلالة من هذه الآية الكريمة، أنها أفادت أن الوطء لا يحل إلا فى الزوجة، والمملوكة، وامرأة المتعة لا شك أنها ليست مملوكة ولا زوجة:

أما أنها ليست مملوكة فواضح.

وأما أنها ليست زوجة فلأمور:

أولًا: أنها لو كانت زوجة لحصل التوارث بينهما؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَٰجُكُمْ﴾ [النساء: ١٢] وبالاتفاق لا توارث بينهما.

وثانيًا: أنها لو كانت زوجة لثبت النسب؛ لقوله ﷺ: «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ، ولِلْعَاهِرِ الحجَرُ»، وبالاتفاق لا يثبت النسب. =

. . . .

= وثالثًا: أنها لو كانت زوجة لوجبت العدة عليها؛ لقوله - تعالى -: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٤].

وأما السنة:

فأولًا: ما روى مالك، عن ابن شهاب، عن عبد الله والحسن ابنى محمد بن على ابن أبى طالب - رضى الله عنهم - عن أبيهما، عن على بن أبى طالب، أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر، وعن لحوم الحمر الأنسية.

ووجه الدلالة من الحديث: أن النبى ﷺ نهى عن المتعة، والنهى يدل على فساد المنهى عنه؛ فيكون نكاح المتعة فاسدًا.

والحديث يدل على نسخ ما تقدم من إباحتها.

ثانيًا: ما روى عن سبرة الجهنى، أنه غزا مع النبى ﷺ يوم فتح مكة، قال: فأقمنا بها خمسة عشر، فأذن لنا رسول الله ﷺ فى متعة النساء وذكر الحديث إلى أن قال: فلم أخرج منها حتى حرمها رسول الله ﷺ.

وفى رواية: أنه كان مع النبى ﷺ فقال: «يَأَيُّهَا النَّاسُ، إِنِّى كُنْتُ أَذِنْتُ لَكُمْ فِى الاستمتاعِ مِنَ النِّسَاءِ، وَإِنَّ الله قَدْ حَرَّمَ ذَلِكَ إِلَى يَوْمِ القِيَامَةِ، فَمَنْ كَانَ عِنْدَهُ مِنْهُنَّ شَىء فَلْيُخَلِّ سَبِيلَهُ، وَلَا تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا». رواه أحمد ومسلم.

ووجه الدلالة من الحديث: أنه يدل برواياته على تحريم نكاح المتعة، وقد جاء فى الرواية الثانية التصريح بتحريمها إلى يوم القيامة؛ فيكون ذلك نسخًا لإباحتها، وإذا ثبت ذلك فهى من الأنكحة الفاسدة.

وأما المعقول: فقد قالوا: إن النكاح لم يشرع لقضاء الشهوة، بل شرع لأغراض ومقاصد يتوسل بها إليها. واقتضاء الشهوة بالمتعة لا يقع وسيلة إلى المقاصد التى من أجلها شرع النكاح؛ فلا يكون مشروعًا.

وأما الإجماع: فقد قالوا: إن الأمة امتنعت من العمل بالمتعة، مع ظهور الحاجة إلى ذلك، وما ذلك إلا لعلمهم بنسخها.

وقد نوقشت أدلة الجمهور بما يأتى:

أما حديث على فقد قيل لهم فيه: إنه وقع فيه كلام، حتى زعم ابن عبد البر: أن ذكر النهى يوم خيبر غلط.

وقال السهيلى: ويتصل بهذا الحديث تنبيه على إشكال؛ لأن فيه النهى عن نكاح المتعة يوم خيبر، وهذا شىء لا يعرفه أهل السير، ورواة الآثار. والذى يظهر أنه وقع تقديم وتأخير فى لفظ الزهرى.

وقد أشار ابن القيم إلى تقرير هذا التقديم والتأخير، فقال: وأما نكاح المتعة، فثبت عنه أنه أحلها عام الفتح، وثبت عنه أنه نهى عنها عام الفتح، واختلف: هل نهى عنها يوم خيبر؟ على قولين، والصحيح: أن النهى إنما كان عام الفتح، وأن النهى يوم خيبر إنما كان عن الحمر الأهلية، وإنما قال على لابن عباس: إن رسول الله ﷺ نهى يوم خيبر عن متعة النساء، ونهى عن الحمر الأهلية؛ محتجًا عليه فى المسألتين، فظن بعض الرواة أن التقييد بيوم خيبر راجع إلى الفعلين، فرواه بالمعنى، ثم أفرد بعضهم أحد الفعلين، وقيده بيوم خيبر.

وترد هذه المناقشة بأن أصحاب الزهرى قد اتفقوا على نهى النبى ﷺ عن المتعة يوم خيبر، وهم =

. . . .

= حفاظ ثقات، وزيادة الحافظ الثقة تقبل؛ ولهذا قال عياض: تحريمها يوم خيبر صحيح لا شك فيه.

والقول بأنه وقع فى لفظ الزهرى تقديم وتأخير يخالفهما ظاهر الحديث؛ فإن ظاهره أن عام خيبر ظرف لتحريم نكاح المتعة.

ومما يؤيد هذا الظاهر حديث ابن عمر الذى أخرجه البيهقى بإسناد قوى، أن رجلًا سأل عبد الله ابن عمر عن المتعة، فقال: حرام، قال: فإن فلانًا يقول فيها، فقال: والله، لقد علم أن رسول الله ﷺ حرمها يوم خيبر، وما كنا مسافحين.

والظاهر: أن القائلين بأن النهى يوم خيبر إنما كان عن لحوم الحمر الأهلية: يحاولون بذلك استبعاد أن تكون المتعة قد نسخت مرتين؛ لأنه ثبت النهى عنها يوم الفتح، ومعلوم أن يوم الفتح بعد خيبر؛ إذ إن خيبر فى السنة السابعة من الهجرة، وغزوة الفتح فى السنة الثامنة؛ فيلزم من ذلك نسخها مرتين.

والحقيقة أنه لا داعى لهذه المحاولة، ما دام الحديث ظاهر فى أن يوم خيبر ظرف لتحريم نكاح المتعة، ولا مانع من نسخها مرتين، ولها نظير فى الشريعة الإسلامية: وهو مسألة القبلة، فقد نسخت مرتين؛ وذلك أن النبى ﷺ كان يصلى بمكة إلى الكعبة، ثم أمر بالصلاة إلى بيت المقدس بعد الهجرة؛ تأليفًا لليهود، وامتحانًا للمسلمين الذين اتبعوه بمكة، ثم حول إلى الكعبة ثانيًا.

وقيل للجمهور فى حديث سبرة الجهنى: إن القول بأن النبى ﷺ حرمها إلى يوم القيامة - معارض بما روى عنه أن النبى ﷺ نهى عن المتعة فى حجة الوداع، كما عند أبى داود.

وترد هذه المناقشة: بأن هذا اختلف فيه عن سبرة، والرواية عنه بأنها فى الفتح أصح؛ لأنهم فى فتح مكة شكوا للنبى ﷺ العزوبة، فرخص لهم فيها مدة، ثم نسخها، وعلى تسليم صحة النهى عنها فى حجة الوداع، فنقول: إن النبى ﷺ أعاد النهى فى حجة الوداع؛ ليسمعه من لم يكن سمعه قبل، فأكد ذلك؛ حتى لا تبقى شبهة لأحد يدعى تحليلها.

ويقال للجمهور فى الإجماع: إنه غير مسلم؛ فقد ثبت الجواز عن ابن عباس، كما ثبت عن جماعة من التابعين.

ويجاب عن هذا بأن ابن عباس صح عنه أنه رجع عن القول بحل المتعة كما قدمنا؛ فانعقد الإجماع على تحريمها.

وأما خلاف بعض التابعين، فإنه إن صح عنهم، لم يضر بعد تقرر التحريم قبل حدوثهم.

يتبين لنا من بيان الأدلة ومناقشتها رجحان مذهب الجمهور، من أن المتعة حرام، وهى من الأنكحة الفاسدة؛ لقوة أدلتهم، وأنه لا عبرة بمخالفة الإمامية؛ لما تبين من بطلان ما تمسكوا به من الأدلة.

هذا وقد نسب بعض العلماء القول بصحة المتعة إلى إمام دار الهجرة - رضى الله عنه - قال صاحب الهداية من الحنفية: ونكاح المتعة باطل، وهو أن يقول لامرأة: أتمتع بك كذا مدة بكذا من المال. وقال مالك - رحمه الله -: هو جائز.

وهذه النسبة باطلة؛ فإن الإمام مالكًا - رضى الله عنه - لم يقل بإباحة نكاح المتعة، ولا قال به أحد من المالكية؛ فإنهم جميعًا اتفقوا على تحريم نكاح المتعة.

ولأجل مخالفة هذه النسبة لمذهب المالكية، نجد بعض علماء الحنفية أنكرها على صاحب الهداية، قال ابن نجيم فى «البحر الرائق»: وما فى الهداية من نسبته إلى مالك فغلط، كما ذكره الشارحون.

والموجود فى كتب المالكية إنما هو فيمن نكح نكاحًا مطلقًا ونيته ألا يمكث معها إلا مدة نواها، =

ويشترط فى صحة النكاح أن يفهمه شاهدان فلا يكفى حضور أصمين ولا سميعين لا يفهمان لغة العاقدِين ولا من لا تقبل شهادته مطلقًا(١).

= فقالوا: إن ذلك جائز، وليس هو بنكاح متعة، ولو علمت المرأة بنيته.

وهذا لم ينفرد به المالكية، بل قال به الجمهور، إلا ما روى عن الأوزاعى فقد قال: هذا نكاح متعة، ولا خير فيه.

وقد قال الإمام مالك: ليس هذا من الجميل، ولا من أخلاق الناس.

فإن قيل: ما الفرق بين هذا النكاح الذى نوى فيه الرجل الإقامة معها مدة نواها، وبين نكاح المتعة الذى قالت به الإمامية، وقلتم ببطلانه؟!

نقول: الفرق بينهما واضح، وهو أن نكاح المتعة الذى قلنا ببطلانه، والذى قالت به الإمامية دخلا فيه على تحديده بمدة معينة أو غير معينة.

وأيضًا: فهو نكاح لا تترتب عليه أحكام النكاح من التوارث، ولحوق النسب، ووجوب العدة، بخلاف هذا؛ فإنه وإن نوى الإقامة معها مدة، إلا أنهما لم يدخلا على ذلك، وهو نكاح تترتب عليه آثاره، ففرق بينهما، غاية الأمر أنه نوى الإقامة معها مدة نواها، وهذا لا يضر؛ لأن الرجل بيده الطلاق، فله أن يطلق فى أى وقت شاء.

هذا وقد فرق زفر من الحنفية بين نكاح المتعة والنكاح المؤقت، فقال: المتعة باطلة، وأما النكاح المؤقت فهو صحيح، ويلغى فيه الشرط. وقد ذكر فى العناية فرقًا بينهما: بأن النكاح المؤقت يكون بحضرة شهود، ويذكر فيه مدة معينة، مثل أن يقول: أتزوجك عشرة أيام ونحو ذلك، بخلاف المتعة؛ فإنه لو قال: أتمتع بك، ولم يذكر مدة، كان متعة.

وخالف فى ذلك أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد؛ فإنهم قالوا: لا فرق بينهما، والكل نكاح متعة.

ووجه قول زفر: إن النكاح المؤقت صحيح: أنه قد ذكر النكاح وشرط فيه شرطًا فاسدًا والنكاح لا تبطله الشروط الفاسدة، وذلك كما لو شرط ألا يتزوج عليها، ولا يسافر بها؛ فيبطل الشرط، ويبقى النكاح صحيحًا.

ولكن يرد هذا بأن قوله: أتى بالنكاح، ثم أدخل عليه شرطًا فاسدًا - ممنوع؛ بل هو أتى بنكاح مؤقت فيه شرط مانع من بقاء النكاح، والنكاح المؤقت نكاح متعة؛ فإن معنى المتعة: العقد على امرأة لا يراد بها مقاصد عقد النكاح من القرار للولد وتربيته، بل إما إلى مدة معينة ينتهى العقد بانتهائها، أو غير معينة بمعنى بقاء العقد ما دام معها؛ فالنكاح المؤقت نكاح متعة، وقد بينا أن المتعة منسوخة؛ فلا وجه حينئذ لتفرقة زفر بين المتعة والنكاح المؤقت

(١) مذهب الشافعية: أنه لا يصح النكاح إلا بحضرة شاهدين ذكرين عدلين.

وروى ذلك عن عمر بن الخطاب، وعلى بن أبى طالب، وابن عباس، والحسن البصرى، وابن المسيّب، والنخعى، والشعبى، والأوزاعى، وأحمد، رضى الله عنهم.

دليلنا: ما روى عمران بن الحصين: أن النبى ﷺ قال: «لا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِى وَشَاهِدَيْنِ».

وروت عائشة أن النبى ﷺ قال: «كُلُّ نِكَاحٍ لَمْ يَحْضُرْهُ أَرْبَعَةٌ، فَهُوَ سِفَاحٌ: خَاطِبٌ، وَوَلِى، وَشَاهِدَانِ».

وروت عائشة - رضى الله عنها - أن النبى ﷺ قال: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِىٍّ مُرْشِدٍ، وَشَاهِدَى عَدْلٍ».

وروى ابن عباس: أن النبى ﷺ قال: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِىٍّ مُرْشِدٍ، وَشَاهِدَى عَدْلٍ».

ولأن المعنى فى الإشهاد: الاحتياط للأبضاع، وصيانة للنكاح عن الجحود، ولأن القصد من =

. . . .

= النكاح الاستمتاع وطلب النسل؛ فشرع فيه الإشهاد وجوبًا؛ لحفظ النسب وزوال التهمة.

وإنما اعتبرنا الذكورة؛ لظاهر الخبر؛ لأن لفظ الشاهدين يقع على ذكرين، وعلى ذكر وأنثى، والثانى غير مراد؛ لأن الخصم يوافق عليه؛ فتعين الأول.

ولأنه ليس بمال، ولا المقصود منه المال، ويطلع عليه الرجال؛ فلا يستقل به النساء، ولا يستتبع الرجال فيه النساء؛ قياسًا على القصاص.

وإنما اعتبرنا العدالة وهى ترك الفسق؛ لظاهر الخبر، ولأن النكاح لا يثبت بشهادة الفاسقين؛ فلا ينعقد بحضورهما كالعبدين.

ونقل الجيلى قولًا: أنه ينعقد بشهادة الفاسقين.

فإن قيل: ما الفرق بين تحمل الشهادة فى النكاح وبين سائر التحملات حيث لا تعتبر فيها الصفة المعتبرة إلا حال أداء الشهادة؟

فالجواب: أن سائر التحملات ليست بواجبة، بخلاف التحمل هاهنا، فإنه واجبٌ؛ فأشبه حالة الأداء فى غيره.

هذا مذهبنا.

وقال ابن عمر، وابن الزبير، وعبد الرحمن بن مهدى، وداود، وأهل الظاهر: لا يفتقر النكاح إلى الشهادة.

وبه قال مالك، إلا أنه قال: من شرطه ألا يتواصوا بكتمانه، فإن تواصوا بكتمانه، لم يصح النكاح وإن حضره شهود. وبه قال الزهرى.

واستدل هؤلاء بالأثر والمعقول:

أما الأثر: فما روى عن ابن المنذر قال: أعتق النبى ﷺ صفية بنت حيى، فتزوجها بغير شهود.

ووجه الدلالة من هذا الأثر: أن ابن المنذر أخبر أن النبى ﷺ تزوج صفية من غير شهود، ولو كانت الشهادة شرطًا فى النكاح، لما تركها النبى ﷺ.

وأما المعقول: فقد قالوا فيه: إن النكاح عقد من العقود؛ فلم تكن الشهادة شرطًا فيه كالبيع.

وتناقش هذه الأدلة بما يأتى:

أما الأثر فيقال لهم فيه: إنه لا يدل على عدم اشتراط الشهادة فى النكاح؛ لأنه يحمل على الخصوصية.

ومما يؤيد أن ذلك من الخصوصيات: ما ورد عنه من الأحاديث القاضية باشتراط الشهادة فى النكاح.

ويقال لهم فى المعقول: فرق بين البيع والنكاح، فإن البيع لا يتعلق به إلا حق المتعاقدين، بخلاف النكاح، فإنه يتعلق به حق غير المتعاقدين، وهو الولد؛ لذلك اشترطت فيه الشهادة حتى لا يجحده أبوه، فيضيع نسبه، وفى ذلك من الضرر ما لا يخفى.

هذا عن اختلاف أهل العلم فى اشتراط الشهادة فى النكاح وعدم اشتراطها، وتبين لنا رجحان ما ذهبنا إليه نحن وجمهور الفقهاء من أن الشهادة لا بد منها فى النكاح، لكن هل هى شرط فى صحته أو فى تمامه؟

اختلف أهل العلم هاهنا أيضًا:

فذهب أصحابنا الشافعية - ووافقهم الحنفية والحنابلة - إلى القول بأن الشهادة شرط فى صحة النكاح، وأن العقد لو خلا عنها يكون فاسدًا، وقد حكاه فى البحر عن على، وعمر، وابن عباس والعترة.

وذهب المالكية إلى القول بأن الشهادة شرط فى تمام النكاح، وليست شرطًا فى صحته؛ فينعقد =

. . . .

= النكاح عندهم صحيحًا بدون شهادة ولكنه لا يتم إلا بالشهادة. وقالوا: تندب الشهادة عند العقد؛ للخروج من الخلاف. وإلى هذا القول ذهب عبد الله بن عمر، وعروة بن الزبير، وعبد الله ابن الزبير، والحسن بن على، ومن المحدِّثين: عبد الرحمن بن مهدى، ويزيد بن هارون.

وقد استدل المالكية ومن معهم بالأثر والمعقول:

أما الأثر: فما رواه البخارى قال: حدثنا قتيبة قال: حدثنا إسماعيل بن جعفر عن حميد عن أنس قال: أقام النبى ﷺ بين خيبر والمدينة ثلاثًا، بنينا عليه بصفية بنت حيى، ودعوت المسلمين إلى وليمة. فما كان فيها من خبز ولا لحم، أمر بالأنطاع، فألقى فيها من التمر، والأقط، والسمن، فكانت وليمته، فقال المسلمون: إحدى أمهات المؤمنين، أو مما ملكت يمينه. فقالوا: إن حجبها، فهى من أمهات المؤمنين، وإن لم يحجبها فهى مما ملكت يمينه. فلما ارتحل وطَّأ لها خلفه، وسدل الحجاب بينها وبين الناس.

ووجه الدلالة من هذا الأثر: أن أصحاب النبى ﷺ استدلوا على أنها من أمهات المؤمنين بالحجاب، ولو كان أشهد على نكاحها، لعلموا ذلك بالإشهاد.

وهذا يدل على أن صحة العقد لا تتوقف على الإشهاد.

وأما المعقول: فقد قالوا: إن النكاح عقد على منفعة؛ فلم تكن مقارنة الشهادة شرطًا فى صحته كالإجارة.

وتناقش أدلة المالكية بما يأتى - فيقال لهم: إن القصة التى رويت عن أنس لا تدل على أن الشهادة ليست شرطًا فى صحة العقد؛ لأن ذلك يحمل على الخصوصية.

وأيضًا: فإن هذا لا يفيدكم فى قولكم: إن الشهادة شرط فى تمام النكاح؛ فإنه لم يذكر أن النبى ﷺ أشهد بعد العقد.

ويقال لهم فى المعقول: فرق بين النكاح والإجارة، فإن الإجارة لا يتعلق بها إلا حق المتعاقدين، بخلاف النكاح؛ فإنه يتعلق به حق غير المتعاقدين كما بينا فيما تقدم؛ ولذلك قلنا باشتراط الشهادة فى صحته.

وأما أصحابنا الشافعية ومن معهم فقد استدلوا بحديث: «لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل».

ووجه الدلالة من الحديث: أن النفى فى قوله: لا نكاح يتوجه إلى الصحة، وذلك يستلزم: أن يكون الإشهاد شرطًا فى صحة العقد، وأن العقد لو خلا عنه يكون فاسدًا؛ كما يفسد لو خلا عن الولى.

ويناقش هذا الحديث من قبل المالكية بأن فيه عبد الله بن محرز، وهو متروك، وعلى تسليم صحته، فإن معناه: لا نكاح يثبت فى الحكم عند المنازعة إلا بشاهدين.

وإذا ثبت أن الإشهاد ليس شرطًا فى صحة العقد، فهو شرط فى تمامه.

ويجاب عن هذه المناقشة: بأننا لا نسلم أن المعنى: لا نكاح يثبت فى الحكم عند المنازعة، بل معناه: لا نكاح يصح إلا بشاهدين؛ لأن نفى الصحة أقرب إلى نفى الوجود، وإذا ثبت أن النكاح لا يصح إلا بشاهدين كانت الشهادة شرطًا فى صحته.

فالراجح: أن الشهادة شرط فى صحة النكاح، بمعنى: أن العقد لو خلا عنها يكون فاسدًا، وإذا عرفنا أن المالكية يقولون: إن الشهادة شرط كمال، وأنها لا تشترط عند العقد، بل يكفى أن تكون عند الدخول - فلو دخل بغير إشهاد، فإن النكاح يفسخ بينهما بطلقة بائنة، ولا حد على الزوجين: إن كان الدخول ظاهرًا فاشيًا بين الناس، أو شهد عند العقد شاهد واحد، ولو علما أنه لا يجوز لهما الدخول بلا إشهاد. =

ولا بد فيهما من الإسلام والتكليف والحرية والذكورة والنطق والتنقى من الحرف الدنيئة، وسائر شروط الشهادة.

والبصر، ففى الأعمى وجه، ويكفى حضور مستور العدالة، والمراد بالمستور من عرف إسلامه ولم يظهر فسقه، وظاهره العدالة.

فإن جهل إسلامهما أو حريتهما لم يصح، ولا بد من معرفة الإسلام والحرية باطنًا.

فإن نكح بمستورَيْن فَبَانَا غير مقبولى الشهادة، إما ببينة وإما باعتراف الزوجين أو الزوج، نظرت: فإن كان الجَرْح عامًا فى حقهما وفى حق غيرهما كالفسق، وكذا قلة المروءة فى الأصح - بَانَ بطلان النكاح، وإن كان فى حقهما فقط كما إذا كان الشاهدان عدويهما أو عدوى أحدهما أو ابنيهما أو أبويهما صح النكاح(١).

= فإن لم يكن ذلك ظاهرًا فاشيًا بين الناس، فإنهما يُحَدَّان إن أقرا بالوطء أو ثبت الوطء ببينة. وقال ابن القاسم: إن كانا ممن لا يعذران بجهالةٍ حُدًّا وإن كان أمرهما فاشيا

(١) وافقنا أبو حنيفة على اشتراط الشهادة فى النكاح، لكنه خالفنا فى اشتراط العدالة، حيث جوز انعقاد النكاح بشهادة فاسقين ومنعناها نحن، وعن أحمد روايتان، إحداهما: كمذهبنا، والأخرى: كمذهب الحنفية.

استدل الحنفية، ومن وافقهم بالمعقول، فقالوا: إن الفاسق من أهل الولاية؛ فيكون من أهل الشهادة.

أما كونه من أهل الولاية؛ فلأنه يزوج نفسه وعبده وأمته وابنته، ويقر بما يتعلق بنفسه من القتل. وإذا ثبت أنه من أهل الولاية، ثبت كونه من أهل الشهادة؛ لأن الشهادة من باب الولاية.

ويرد هذا الدليل بأننا لا نسلِّم أن كل من كان من أهلِ الولاية يكون من أهل الشهادة؛ لأن ذلك فى الولاية التامة، والفاسق ولايته قاصرة؛ فلا يكون أهلًا للشهادة؛ إذ الشهادة متعدية إلى غيره فلا يكون أهلًا لها.

وأيضًا: فهو معقول فى مقابلة النص؛ فلا ينهض للاحتجاج به.

وأما أصحابنا الشافعية والمالكية، ومن وافقهم فقد استدلوا - إضافة إلى ما سبق قبل هذا الفرع - بالكتاب، والسنة، والمعقول:

أما الكتاب فقول الله - تبارك وتعالى -: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢].

ووجه الدلالة من الآية: أن الله - تعالى - أمر بإشهاد العدل، والفاسق غير عدل؛ فلا تقبل شهادته فى النكاح ولا غيره.

وأما السنة: فما روى أن النبى ﷺ قال: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِى، وَشَاهِدَى عَدْلٍ»، مع غيره من الأحاديث القاضية باشتراط العدالة فى الشهود.

وأما المعقول:

فأولًا: قالوا: إن الشهادة خبر يرجح فيه جانب الصدق على جانب الكذب، والرجحان إنما يثبت بالعدالة.

وثانيًا: قالوا: إن الشهادة شرطت لإظهار خطر النكاح؛ تكرمة له وتعظيمًا، والفاسق من أهل =

بل يصح النكاح بهؤلاء مطلقًا؛ لأنهم عدول فى الجملة، لكن إذا اعترف الزوج وحده بفسقهما لم يسقط عنه المهر إن لم تصادقه ويفرق بينهما، وقيل: يعد طلقة عليه.

وأما إذا اعترفت هى بفسقهما وأنكر لم يحكم ببطلان النكاح على الأصح إذ لا يقبل قولها عليه.

هذا فى الإشهاد على النكاح، وأما الإشهاد على إذنها فليس من شرائط النكاح ولكنه يستحب، فإذا تصادق الولى والزوج على الإذن صح النكاح.

وليس للقاضى أن يصادق على الإذن؛ لأن عقده حكم كما لو جاءه اثنان وقالا: هذا ميراثنا اقسمه بيننا، لم يفعل إلا ببينة؛ لأن قسمته حكم بالملك، ويكفيه أن يسمع منهما.

وقوله فى «الحاوى»: «بحضور سميعين مقبولى شهادة نكاح لا شهادة رضاها، ولو مستورى العدالة لا الإسلام والحرية، فإن عرف فسقه أحد الزوجين أو بَانَ بحجة أو تذكر بطل» فيه أمور:

أحدها: قوله: «بحضور سميعين، مقتضاه الاكتفاء بهما وإن لم يفهما اللغة كما فى خطبة الجمعة وهو وجه، والصحيح المجزوم به فى «العزيز» و«الروضة» خلافه.

الثانى: قوله: «فإن عرف فسقه أحد الزوجين أو بَانَ بحجة أو تذكر بطل»، مقتضاه أنها إذا نكحت وهى تعرف فسق الشاهدين أو تذكرت بعد انقضاء العقد فسقهما: أن النكاح لا يحكم بصحته، وليس كذلك على الأصح؛ لأنها لا يقبل قولها على الزوج كما سبق بيانه.

الثالث: قوله: «بطل»، يوهم أنه انعقد صحيحًا ثم بطل وليس كذلك.

وقوله: «وزوَّج وأجبر أمة لا عبدًا سيد، وإن فسق، لا كافر مسلمة أو وليه إن أجبر، وأمة بالغة ولو أُجبرت وسفيه ولى أو هو كُلٌّ بصريح إذن ولا يجبر سيد».

أى: ويزوج الأمة السيد بالإجبار، ولا يجبر العبد على الأصح وإن كان صغيرًا.

والفرق: أنه يملك بضع الأمة فعقد على ما يملك، بخلاف العبد. ويزوج أمته الكافرة وإن لم يملك الاستمتاع بها؛ لأن تحريمها عليه لوصف خارجى.

ولا يزوج الكافر أمته المسلمة؛ لأنه ممنوع من كل تصرف فيها لا يزيل الملك، وإن كان

= الإهانة؛ فلا تكرمة ولا تعظيم للعقد بإحضاره.

وعليه فالراجح مذهب أصحابنا الشافعية والمالكية، ومن وافقهم، وهو فساد النكاح بشهادة الفاسقين؛ للأحاديث الواردة فى الشهادة، فإنها اشترطت العدالة. وهى وإن كانت ضعيفة، إلا أنها قد تفوت بكثرتها.

السيد مكاتبًا، زوجها بإذن السيد.

وإن كان مالك الأمة مولى عليه نظرت: فإن كانت امرأة صغيرة بكرًا أو مجنونة مطلقًا زوجها ولى السيدة المجبرة، وهو الأب أو الجد.

وإن كانت صغيرة ثيبًا عاقلة لم يزوج أمتها؛ لأنه غير مجبر للسيدة فينتظر إذنها.

وإن كانت بالغة بكرًا أو ثيبًا لم يزوج أمتها بالإجبار بل بإذنها ويزوجها من يزوج السيدة من أب وجد[١] وغيرهما[٢].

وإن كان المالك ذكرًا محجورًا عليه بصغر أو جنون زوج أمته الأب أو الجد.

وإن كان لسفه زوجها وليه بإذنه سواء نسيبًا أو وصيًّا أو قيما، أو يؤذن للسفيه فيزوج.

والإذن فى نكاح الأمة لا بد فيه من النطق وإن كانت السيدة بكرًا؛ لأنها لا تستحى من الإذن بالنطق فى نكاح غيرها كما تستحى منه لنفسها.

وقوله فى «الحاوى»: «ووليه بالمصلحة ونطق السيدة» فيه أمور:

أحدها: أنه اشترط فى تزويج الأمة نطق سيدتها فاقتضى أن أمة الصغيرة لا تزوج؛ لأنه لا نطق لها.

الثانى: أنه لم يبين ما حكم أمة السفيه وحكمها ما سبق.

الثالث: أنه اكتفى فى تزويج أمة السيدة بالولى مطلقًا، والأصح أن ذلك مختص بالأب والجد.

الرابع: أنه اشترط فى إنكاح الولى أمة السيدة بالمصلحة، وذلك إنما يشترط إذا كانت محجورًا عليها.

وأما البالغة فليس على وليها النظر فى المصلحة، بل له إجابتها إلى نكاح أمتها مطلقًا.

وقوله: «وزوَّج حرة ولى مع مالك بعض ولو بمرض عَتَقَتْ فيه أبٌ ثم أبوه، ويجبر بلا عداوة ولا ثيب وطء عاقلة».

أى: وزوَّج الحرة ولى بالولاية؛ لأن المرأة لا توجب النكاح، ولا تقبله لا فى نفسها ولا فيما ملكت[٣]؛ لما روى أبو هريرة - رضى الله عنه - رفعه: «لا تُنْكِحُ المرأةُ المرأةَ، ولا تنكح المرأة نفسها»[٤]، ولأنها غير مأمونة على البضع؛ لنقصان عقلها وسرعة انخداعها.

---

(١) فى أ: أخ.

(٢) ذهب الحنفية إلى أنه لا إجبار للولى على البكر البالغة فى الزواج؛ ولذا لا بد من إذنها، فقد جاء فى الهداية وفتح القدير: ولا يجوز للولى إجبار البكر البالغة على النكاح؛ لأنها حرة مخاطبة، فلا يكون للغير عليها ولاية، والولاية على الصغيرة؛ لقصور عقلها، وقد كمل بالبلوغ.

=

. . . .

= ومعنى الإجبار: أن يباشر عقد الزواج فينفذ عليها شاءت أو أبت.

وإذا استأذنها فسكتت أو ضحكت، فهو إذن.

والمراد بالسكوت: هو السكوت الاختيارى، فلو أخذها سعال أو عطاس، أو أخذ فمها، فتخلصت من ذلك، فردت ارتد.

ولا فرق بين العلم والجهل بأن السكوت رضا، حتى لو زوجها أبوها فسكتت، وهى لا تعلم أن السكوت رضا جاز.

ولو تبسمت يكون إذنا فى الصحيح، وقيل: إذا ضحكت كالمستهزئة لا يكون رضا.

وإنما كان السكوت رضا؛ لأن جانب الرضا فيه راجح؛ لأنها تستحى عن إظهار الرغبة لا عن الرد، بخلاف ما إذا بكت؛ لأنه دليل السخط والكراهة.

وعن أبى يوسف فى البكاء أنه رضا؛ لأنه لشدة الحياء، وعن محمد: أنه رد؛ لأن وضعه لإظهار الكراهة.

والمعول عليه: اعتبار قرائن الأحوال فى البكاء والضحك، فإن تعارضت أو أشكلت، احتيط للأمر، وإنما كان السكوت إذنًا ورضًا؛ لما تقدم، ولقوله ﷺ: «البكر تستأمر فى نفسها، فإن سكتت فقد رضيت».

وإذا استأذنها غير الولى أو ولى غيره أولى منه: كالأخ مع وجود الأب - لم يكن سكوتها ولا ضحكها إذنًا ورضًا، بل لا بد أن تتكلم بالإذن؛ لأن هذا السكوت لقلة الالتفات؛ فلم يقع دلالة على الرضا، بخلاف ما إذا كان المستأمر - أى المستأذن - رسول الولى، فإن سكوتها حينئذ يكون إذنًا؛ لأنه قائم مقام الولى.

وذهب المالكية إلى أن الولاية فى تزويج البكر البالغة ولاية إجبار لأبيها فلا ضرورة لإذنها إلا إذا كانت قد رشدت أو كان المزوج غير الأب ووصيه، فقد جاء فى الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه ما حاصله: ثم جبر بعد المالك أب رشيد، وإلا يكن رشيدا بل كان سفيها فالذى يجبرها وليه، والمختار: أن عدم الرشد هنا فقد التمييز، وجبر الأب المجنونة المطبقة ولو ثيبا أو ولدت الأولاد، لا من تفيق فينتظر إفاقتها إن كانت ثيبا بالغا، فإذا أفاقت فلا تزوج إلا برضاها.

وأما إذا كانت بكرا فإنه يجبرها ولو كانت عانسا، ولا تنتظر إفاقتها لو كانت مجنونة تفيق أحيانا، إلا إذا زوجها لذى عاهة كخصى.

وما ذكر من جبر البكر ولو عانسا هو المشهور، خلافا لابن وهب حيث قال: للأب جبر البكر ما لم تكن عانسا، لأنها لما عنست صارت كالثيب.

ومنشأ الخلاف هو: هل العلة فى الجبر البكارة، وهى موجودة، أو الجهل بمصالح النساء، وهى مفقودة.

ويجبر الثيب ولو بنكاح صحيح إن صغرت أو كبرت بأن كبرت وثيبت بعارض كوثبة أو ضربة أو بحرام: زنى أو غصب.

ولا يجبر بكرًا رشدت بعد البلوغ؛ بأن قال لها: رشدتك، أو أطلقت يدك، أو رفعت الحرج عنك، أو نحو ذلك.

ثم لا جبر لأحد من الأولياء لأنثى ولو بكرا يتيمة تحت حجره بعد السيد فى تزويج الأمة، وبعد الأب ووصيه فى تزويج الحرة وحيث لا يوجد من له ولاية الإجبار، فتزوج بإذنها: فإن كانت بكرا كفى صمتها إلا ما استثنى، وإن كانت ثيبا أعربت عن نفسها، والذى استثنى هو البكر التى رشدت فلا بد من نطقها بأنها راضية بذلك الزوج والصداق، وبكر مجبرة عضلت أى: منعها أبوها من =

. . . .

= الزواج فرفعت أمرها للحاكم، فزوجها هو، أو بكر زوجت بعرض من عروض التجارة وهى من قوم لا يزوجون به، وذلك إذا كانت غير مجبرة بأن كانت يتيمة لا أب لها ولا وصى ينظر فى حالها، وبكر زوجت برقيق، أو زوجت بزوج ذى عيب، أو بكر غير مجبرة افتيت عليها، بأن تعدى عليها الولى غير المجبر فعقد عليها بغير إذنها، ثم وصلها الخبر، فرضيت بذلك، فلا بد من رضاها بالقول، ولا يكفى الصمت.

وذهب الحنابلة إلى أن البكر إذا كانت صغيرة فلا إذن لها معتبرًا، فهم فيها كأصحاب المذاهب الأخرى، أما إذا كانت كبيرة ففيها روايتان، فقد جاء فى الشرح الكبير للمقدسى: فأما الإناث فللأب تزويج ابنته البكر الصغيرة التى لم تبلغ تسع سنين بغير خلاف؛ إذ وضعها فى كفاءة يجوِّز له ذلك مع كراهيتها وامتناعها، وقد دل على ذلك قوله - تعالى -: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَۚ﴾ [الطلاق: ٤] فجعل للائى لم يحضن عدة ثلاثة أشهر، ولا تكون العدة ثلاثة أشهر إلا من طلاق فى نكاح أو فسخ؛ فدل ذلك على تزويج وتطليق، ولا إذن لها يعتبر.

وقالت عائشة: «تزوجنى النبى ﷺ وأنا ابنة ست، وبنى بى وأنا ابنة تسع» متفق عليه، ومعلوم أنها لم تكن فى تلك الحال ممن يعتبر إذنها.

وفى البكر البالغة العاقلة روايتان:

إحداهما: له إجبارها على النكاح.

والثانية: ليس له ذلك، واختارها أبو بكر؛ لما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن» فقالوا: يا رسول الله فكيف إذنها؟ قال: «أن تسكت»، ولأنها جائزة التصرف فى مالها؛ فلم يجز إجبارها كالثيب والرجل.

(٣) اتفق الفقهاء على أن الأنثى إذا كانت صغيرة أو مجنونة أو أمة لا يصح لها أن تباشر عقد النكاح؛ لأنهم اتفقوا على أن الولى شرط فى صحة نكاحهن.

واختلف الفقهاء فى الحرة البالغة العاقلة: هل لها أن تباشر عقد النكاح لنفسها ولغيرها، أو لا؟

فمنهم من منع المرأة من مباشرة النكاح مطلقًا، بكرًا كانت أو ثيبًا، شريفة أو دنيئة، أذن لها الولى أو لم يأذن، فإن وقع وباشرت العقد فهو فاسد يفسخ مطلقًا قبل الدخول وبعده، ولو طال الزمن وولدت الأولاد. وهذا مذهب جمهور الفقهاء، منهم الأئمة الثلاثة الشافعى ومالك وأحمد، وكثير من الصحابة والتابعين، منهم: عمر بن الخطاب، وابن مسعود، وابن عباس، وأبو هريرة، وعائشة، وسعيد بن المسيب، والحسن، وعمر بن عبد العزيز، والثورى، وابن أبى ليلى، وابن شُبْرُمَة، وابن المبارك.

وذلك لأن الولى عندهم شرط فى صحة نكاح الأنثى مطلقًا.

ومنهم من يرى أن للحرة البالغة العاقلة أن تباشر عقد نكاحها بكرًا كانت أو ثيبًا، وإلى هذا ذهب أبو حنيفة، وأبو يوسف، وزفر فى ظاهر الرواية، إلا أنهم قالوا: لو تزوجت بغير كفء، فللولى حق الاعتراض؛ رعاية للمصلحة، ودفعًا للعار، ما لم تلد أو تحبل حبلًا ظاهرًا.

ومنهم من فرق بين أن تزوج نفسها لكفء أو لغيره، فقالوا: إن زوجت نفسها لكفء صح نكاحها، وإلا فسد. وإلى هذا ذهب الشعبى والزهرى، وروى عن أبى حنيفة وأبى يوسف إلا أنه نقل رجوعهما عنه إلى ظاهر الرواية.

ومنهم من يرى صحة النكاح موقوفًا على إجازة الولى: فإن أجازه نفذ، وإلا بطل، وإليه ذهب محمد بن الحسن، وقال: إن امتنع الولى من الإجازة فى الكفء جدد القاضى العقد ولا يلتفت إليه. =

فإن فقد الولى أو الحاكم فحكّمت المرأة عدلًا يزوجها وإن لم يكن مجتهدًا جاز، على الأصح.

فإن كان بعضها رقيقًا فالأصح أنه يزوجها الولى ومالك البعض.

ولو أَعتق المريض أمة قال ابن الحداد: لا يجوز للولى تزويجها حتى يبرأ المعتق أو يموت، وتخرج من الثلث، ووافقه جماعة.

وقال ابن سريج، وأبو زيد والأكثرون: لوليها تزويجها عملاً بالظاهر.

فإن نفذ عتقها مضى النكاح على الصحة وإلا بَانَ فساده، ولا يمنع الحكم بالصحة لاحتمال عجز الثلث كما لا يمنعها احتمال ظهور دين إذا خرجت من الثلث بعد الموت.

وقوله: «أب» بدل من «ولى»، فأولى الأولياء الأب، ثم أبوه عند عدمه وإن علا، ولكل منهما إجبار غير الموطوءة.

وإن زالت بكارتها بنحو سقطة؛ لأن ذهابها بغير ممارسة الرجال لا يذهب عنها حياء البكر وغباوتها، هذا إذا كانت عاقلة.

أما المجنونة فيزوجها؛ لأنه لا حد للجنون فينتظر، والموطوءة فى الدبر تجبر، لأنها بكر، وإنما يجبر الأب البكر إذا لم يكن عدوًّا لها.

وقوله فى «الحاوى»: «وولى الأب وإن عتقت فى المرض وبعضها بهما ثم ابنه وتجبر غير الموطوءة»، فيه أمور:

أحدها: أنه جعل قوله: «وإن عتقت فى المرض وبعضها بهما» بين الأب وأبنه فأوهم أن الأب يختص بهذا الحكم دون الجد وباقى الأولياء، كما جعل وتجبر بعد الأب والجد لاختصاصه بهما دون سائر الأولياء وليس كذلك، بل سائر الأولياء كالأب فى مسألة العتق إذا انتقلت إليهم الولاية، فلو أخر الأب عنها كان أنسب.

الثانى: قوله: «وإن عتقت فى المرض»، أراد: وتزوجت فيه، واللفظ لا يدل عليه.

الثالث: قوله: «وبعضها» عطفه على فاعل «عتقت»، فأوهم أنه يريد التقييد بالمرض،

= ومنهم من فرق بين نكاحها بإذن الولى، ونكاحها بغير إذنه، فقال: إذا أذن لها الولى صح نكاحها، وإن لم يأذن لها فلا يصح، وإليه ذهب أبو ثور.

ومنهم من فرق بين البكر والثيب: فصحح نكاح الثيب، وأبطل نكاح البكر، وإلى هذا ذهب داود الظاهرى.

هذه خلاصة المذاهب فى مباشرة المرأة عقد النكاح، ومنشأ الخلاف بينهم: أنه وردت أدلة من الكتاب والسنة، وقد فهم فيها كل فريق فهمه، وأخذ الحكم منها حسب ما وصل إليه اجتهاده.

(٤) أخرجه ابن ماجه (١٨٨٢) والدارقطنى (٣/ ٢٢٧) والبيهقى (٧/ ١١٠).

ولم يرد إلا أن المبعضة يزوجها الولى، ومالك البعض.

الرابع: قوله: «وتجبر غير الموطوءة» وإنما يجبرها إذا لم يكن بينهما عداوة وكانت موطوءة فى القُبل إلا أنه قد قال بعد ذلك: «وإتيان الدبر كالقبل إلا فى الحل. . .» إلى أن قال: «واستنطاقها» لكن ليس فيه تصريح ببقاء الجبر بل الاكتفاء بالسكوت عند النطق.

وقوله: «ولمصلحة زوج أصل فقط مجنونة مطلقًا وصغيرًا، لا مجنونًا ولو بأربع، ووضيعة لا أمة ومعيبة ووجب لحاجة وبلوغ تزويج مجنون بواحدة وبتوقان مجنونة أو توقع شفاءٍ، فإن فُقد فعلى قاض، وشاور قريبًا ندبًا».

أى: وللأب والجد تزويج المجنونة للمصلحة سواء كانت بالغة أو صغيرة، بكرًا أو ثيبًا، وسواء جنت بعد بلوغها عاقلة أم لا.

وله أيضًا تزويج الصغير العاقل بواحدة وبأربع إذا اقتضت المصلحة ذلك.

ولا يجوز لغيره من الأولياء تزويجه، وسواء زوجه الأب من تكافئه فى النسب أم لا؛ لأنه لا عار على الرجل فى الاستفراش من غير المكافئة، إلا أنه لا يزوجه أمة؛ لأنه لا يخاف العنت.

ولا معيبة عيبًا يثبت الخيار؛ لأنه لا حظ[1] له فى نكاحها، فإن احتاجت المجنونة البالغة إلى نكاح؛ لشدة توقان أو رجاء الشفاء لها به كان تزويجها واجبا عليه، فإن لم تحتج إلا لنفقة وغيرها فقد بينا أنه يجوز للأب والجد تزويجها للمصلحة، وأما سائر الأولياء فلا يجوز لهم ذلك على الصحيح.

ومتى وجب تزويجها على الأب والجد لحاجة النكاح فامتنع، أو لم يكن لها أب ولا جد - زوجها السلطان.

ولا ينتقل إلى غير الأب والجد من العصبة على الأصح، لكن يستحب أن يشاور الولى من العصبة.

وقيل: يجب استئذانه.

وأما المجنون فإن كان صغيرًا لم يصح تزويجه، وإن كان كبيرًا فكذلك إلا للحاجة بأن تظهر رغبته فى النساء ويشتد طلبه لهن أو تدعو الحاجة إلى من تخدمه وتتعهده، ولا يوجد فى محارمه من تكفيه، وكانت مؤنة الزوجة أخف من شراء جارية فإنه يجب تزويجه، فإن فقد الأب والجد فالسلطان كما سبق ويجرى الوجهان فى مشاورة القريب.

---

(١) فى أ: حظر.

ولا يُزَوَّجُ المجنونُ إلا امرأةً واحدة، والمختل كالمجنون: وهو الذى فى عقله خلل[١] وفى أعضائه استرخاء.

وقوله فى «الحاوى»: «ولزمه تزويج المجنون البالغ...» إلى قوله: «ثم السلطان المجنونة بالحاجة وشاور الأقارب»، فيه أمور:

أحدها: أنه لم يبين عدم جواز تزويج المجنون الصغير، فإن قيل: يفهم من قوله: «ويزوج المجنون واحدة للحاجة» والصغير لا حاجة له، قيل: بل المفهوم جوازه؛ لأنهم عدوا من الحاجة الخدمة والصغير محتاج إلى الخدمة بل حاجته أشد من الكبير.

الثانى: أنه لم يبين حكم جواز تزويج المجنونة الصغيرة والموطوءة.

الثالث: أنه لم يبين وجوب تزويج المجنون إذا تاق[٢] وهو واجب كوجوبه للمجنونة، كما ذكره فى «العزيز» و«الروضة».

الرابع: قوله: «ثم السلطان المجنونة بالحاجة» والسلطان لا يزوجها إلا إذا تاقت، فلا تزوج لحاجة الكفاية وغيرها من المصالح على الأصح، ذكره فى «العزيز» و«الروضة» بخلاف الأب.

الخامس: أنه أطلق مشاورة الأقارب ولم يبين أنها تجب أو مندوبة، والأصح أنها مندوبة.

السادس: أنه لم يبين أن للسلطان تزويج المجنون إذا تاق، وهو يزوجه كما فى «الروضة».

وقوله: «ثم عَصَبة لا فرع بلا سبب، ثم بولاء بترتيب إرث، ثم قاض ولو لذمِّية بمحل حكمه بإذن وصمت بكرًا استؤذنت لا بدون مهر مثل أو غير نقد البلد، ثم بتوليتها عدلاً، وزوَّج ولى مُعْتَقَة مشكل، أو امرأة حية بإذن منه لا منها ووجب إجابة بالغة».

أى: فإن لم يكن للمرأة أب ولا جد زوجها العصبة إلا الابن وبنيه؛ لأنه وإن كان أولى العصبات بالميراث فإنه لا ولاية له فى النكاح؛ إذ لا مشاركة بينه وبين الأم فى النسب.

فإن كان بينهما مشاركة كابن عمها فله الولاية فى رتبته، وكذلك إذا كان قاضيًا أو معتقًا أو أخًا ونحوه، فى نكاح المجوسى أو وطء الشبهة.

وإلى هذه الصور أشار بقوله: «بلا سبب»، فإن لم تكن عصبة وهناك ذو ولاء زوج به فيزوج الأخ من الأبوين ثم الأخ من الأب على الصحيح كالميراث.

---

(١) فى أ: خبل.
(٢) فى أ: أفاق وفى حاشية أ: صوابه: إذا بلغ.

ويزوج ابن المعتقة وابن المعتق، ويقدم على الأب لقوة عصوبة الابن، ويقدم أخو المعتق وابن أخيه على جده؛ لقوة العصوبة[١].

فإذا لم تكن لها عصبة ولا مولى زوجها السلطان أو نائبه كالقاضى.

واعلم أن الاختلاف فى الدين يسلب الولاية بالنسب والولاء، وأما بالولاية العامة فإنه لا يسلبها، فللقاضى أن يزوج الذمية من مسلم، وكذا من ذمى على الصحيح.

وإنما يزوجها السلطان إذا كانت فى محل ولايته وكان هو أيضًا فيها.

فقوله بـ «الإذن» متعلق بتزويج غير الأب والجد من العصبة والموالى[٢] والسلطان، فلا يزوجها أحد منهم إلا بإذنها نطقًا إن كانت ثيبًا وإن كانت بكرا كفى أن يستأذنها وتصمت.

وإن بكت - إلا إن كان بصراخ؛ لأنه دليل على عدم الرضا - ثم إن كان الاستئذان مطلقًا بغير ذكر مهر كفى السكوت.

وسيأتى حكم العقد فى الصداق.

وإن سمى مهرا اشترط أن يكون بإذنها أو بحضورها وهى ساكتة.

وإذا زوجها بحضورها وهى ساكتة من غير أن يستأذنها لم يجز.

وقيل: يجوز إذا لم تنكر.

وإنما يجزئ[٣] سكوت البكر إذا زوجت بمهر المثل من نقد البلد، وإلا فلا يكفى السكوت.

هكذا حكاه فى «الروضة» عن صاحب «البيان» وعن الأصحاب المتأخرين وأقره. ونقله النشائى عن «الكفاية».

فإن فُقد القاضى ولت أمرها عدلاً وإن لم يكن مجتهدًا وهو ظاهر النص كما ذكره النووى واختاره وقال به جماعة.

وإذا أعتق المشكل أمة لم يزوجها بل يزوجها وليه بإذنه؛ ليكون إما وليًّا إن كان امرأة، أو وكيلاً إن كان رجلا.

وكذلك المرأة إذا أعتقت أمة، زوجها وليها، ولا يحتاج إلى إذنها، بل إلى إذن العتيقة فقط.

هذا إذا زوجت أمتها فى حياتها، أما بعد موتها فالولاية تنتقل إلى من له الولاء بعدها.

---

(١) فى ط: البنوة.
(٢) فى أ: الولى.
(٣) فى أ: يجوز.

وإذا دعت البالغة إلى كفء وجب على الولى إجابتها ولم يجز له عضلها، فإن امتنع زوجها السلطان(١).

وقوله فى «الحاوى»: «ثم العصبة...» إلى قوله: «من معين أو تزوج أو أحرم فالسلطان»، فيه أمور:

أحدها: أنه اقتصر عند عدم الأولياء على السلطان فقط، والمنصوص كما ذكروه أنه إذا عدم السلطان ونائبه، وولت أمرها عدلاً ليزوجها، جاز كما سبق بيانه.

الثانى: أن قوله «وسكوت البكر»، جعل مطلق سكوت البكر إذنًا فاقتضى موافقة الوجه الضعيف أنه لو زوجها الولى بحضورها فسكتت صح، والأصح أنه لا بد من استئذانها فسكوتها حينئذ إذن.

الثالث: أنه أطلق كون السكوت يقوم مقام النطق وليس على إطلاقه، بل ذلك إذا زوجها بمهر المثل ونقد البلد، أما إذا زوجها بدون ذلك أو غير نقد البلد فلا بد من النطق.

الرابع: قوله «وفى حياتها بلا إذن»، قال القونوى: تنكير الإذن قد يوهم عدم اعتبار الإذن فى نكاح العتيقة مطلقًا ولا بد من إذنها وإنما أراد: بلا إذن من المعتقة.

الخامس: أنه أطلق وجوب إجابة الولى إلى نكاحها ولم يقيده بالبالغة.

قال القونوى ما معناه: أن المصنف مال إلى وجه ذكره الرافعى، وضعفه: أن الصغيرة إذا التمست وجبت إجابتها.

السادس: أنه أطلق كون الفاسق كالمعدوم، ولا بد من استثناء السلطان على الأصح

---

(١) فإن دَعَتِ المرأة أولياءها أن يزوجوها من غير كفءٍ، فامتنعوا، لم يُجبروا على ذلك، ولا ينوب الحاكم منابهم فى تزويجها؛ لحديث عائشة - رضى الله عنها - ولما روى علىٌ كرم الله وجهه: أن النبى ﷺ قال: «ثَلَاثَةٌ لَا يُؤَخَّرْنَ: الصَّلَاةُ إِذَا أَتَتْ، والجِنَازَةُ إِذَا حَضرتْ، وَالأَيِّمُ إذا وَجَدَتْ كُفُوًّا» فدل على: أنها إذا وجدت غير كفءٍ، جاز أن تؤخر، ولقوله ﷺ: «إذا جاءكم من ترضون دينه وأمانته فأَنْكِحُوه» فأوجب التزويج عند وجود الكفء؛ فوجب ألا يجب عند عدمه؛ عملًا بالأصل.

وإن دعت المرأة الولى إلى أن يزوجها من كفءٍ بأقل من مهر مثلها، وجب عليه إجابتها، فإن زوجها، وإلا زوجها الحاكم. فإن كان لها أولياء، فزوجها أحدهم بأقل من مهر مثلها بإذنها دون رضا سائر أوليائها، صح.

وقال أبو حنيفة: لا يلزمهم إجابتها إلى ذلك، فإن زوجت نفسها بأقل من مهر مثلها، أو زوجها واحدٌ منهم بذلك، ألزموا الزوج مهر مثلها، ولم يكن لهم فسخ النكاح.

دليلنا: ما روى: أن النبى ﷺ قال: «مَنِ استَحَلَّ بِدِرْهَمَيْنِ، فَقَدِ اسْتَحَلَّ»، ولأن كل من لا يملك الاعتراض عليها فى جنس المهر، لم يملك الاعتراض عليها فى قدره، كأباعدِ الأولياء والأجانب.

ولأن المهر حق لها، ولا عار عليهم بذلك؛ فلم يكن لهم الاعتراض عليها.

الذى عليه العمل.

السابع: أنه أطلق أن السفه يسلب الولاية وذلك بعد الحجر، أما قبل الحجر فلا يسلبها كما نصوا عليه.

الثامن: قوله: «لا المجبر من معين»، مقتضاه أن البكر إذا عينت كفئًا كان للمجبر عضلها، وليس له عضلها إلا إذا عين كفئا آخر، كما بيناه.

التاسع: قوله: «واختلاف الدين»: فاقتضى أن الذمية لا يزوجها مسلم أصلا، والأصح أن للسلطان تزويجها بالولاية العامة وقد سبق.

العاشر: قوله: «أو تزوج. . . فالسلطان»، ليس على إطلاقه بل ذلك إذا انفرد ولم يكن فى رتبته غيره.

وقوله: «وكمعدوم ذو فسق غير سلطان وذو رِقٍّ وصِبا وجنون وحجر سفه وَدينٍ مخالف لا ذو عمى وإغماء».

أى: وإذا كان الولى فاسقًا فوجوده كعدمه فتنتقل الولاية عنه إلى الأبعد، إلا إذا كان الفاسق سلطانا فإنه يزوج بالولاية العامة، وكذا يزوج بناته بالولاية الخاصة على الأصح تفخيمًا لشأنه؛ ولذلك لم نحكم بانعزاله به.

والرقيق، والصبى، والمجنون، والسفيه المحجور عليه، وذو الدين المخالف كلهم كالمعدوم، والمراد باختلاف الدين: الإسلام والكفر، فملل الكفر كالملة الواحدة تنتقل الولاية مع وجود هؤلاء إلى الأبعد.

وأما الأعمى فلا تنتقل الولاية عنه على الأصح، بل هو كالبصير؛ لأنه يمكنه البحث عن الكفاءة، ولا تنتقل عن المغمى عليه وإن طال؛ لأنه قريب الزوال غالبًا.

وقوله: «فإن بَعُد أو عضل لا مجبر عيَّن آخر أو أحْرَمَ أو كان الزوج وانفرد فقاض لا وكيل محرم وإن لم ينعزل».

أى: إذا غاب الولى وبعد - والبعد فى عرف الشرع مسافة القصر - زوج القاضى.

وإن غاب دونها فله حكم الحاضر، وإن زاد على مسافة العدوى وهى التى يقطعها فى اليوم الواحد ذهابًا وإيابا.

والأولى للقاضى: أن يأذن للأبعد من العصبة إذا غاب ليخرج من الخلاف.

وإذا عضل الولى المرأة طلبه الحاكم، فإن حضر وامتنع أو سكت زوجها الحاكم.

وكذلك إذا تعسر حضوره لتعذر نحوه وأثبتت بعضله زوجها أيضًا إلا الولى المجبر فإنها إذا عينت كفئًا فله أن يعضلها منه إذا عين كفئًا آخر؛ لأنه لا ضرر عليها ونظره أولى.

ولا يحتاج إلى إثبات عند الحاكم بغيبة الولى وخلوها عن الموانع، بل تصدق بيمينها.

وإذا أحرم الولى بحج أو عمرة زوجها الحاكم، كما إذا غاب، وإن كان لا ينعزل وكيله إذا أحرم.

ولو وكل وهو محرم فإن أطلق صح وزوج بعد التحلل.

وإن قال: ليتزوج لى وأنا محرم، لم تصح الوكالة.

وكذلك إذا أراد ولى المرأة أن يتزوجها، فإن لم يكن لها ولى غيره فى درجته، زَوَّجه الحاكم، وإن كان، زوجه من فى درجته.

وقوله: «وصرَّحا بزوج وَكَّلَ».

أى: إذا وكل الزوج من يعقد، فليصرح العاقدان بذكر الزوج، فيقول الولى: زوجت فلانة من فلان، ويقول الوكيل: قبلت له نكاحها.

وإن كان لا يشترط تسميته فى البيع.

والفرق: أن البيع يقبل النقل فيجوز أن يقع للوكيل ثم للموكل، والنكاح لا يقع إلا على البضع.

فلو أنكر الموكل التوكيل، بطل النكاح، ولو أنكره فى البيع، وقع العقد للوكيل.

وقوله: «ولحاجة زوَّج ولى سفيها فإن أبى فقاض واحدةً بإذنه، أو أذن له بلائق فينكح بالأقل من مهر ومعين ولغا زائد والأقل المهر وإلا فالعقد لاغ، وَسَرَّى مِطْلَاقًا».

أى: وإذا طلب السفيه النكاح بعد ظهور حاجته إليه زوّجه الولى واحدة.

فإن أبى الولى أن يزوجه زوجه السلطان، كالمرأة إذا عضلها الولى، وإنما يزوجه الولى بإذنه.

ويجوز أن يأذن الولى أو السلطان للسفيه أن يزوج نفسه، فإن أذن له وعين له المهر فقط فعليه أن يتزوج امرأة لائقة بحاله بالأقل من مهر مثلها أو ما عين له الولى، فإن عين له ألفًا ونكحها بالألف نظرت: فإن كان أكثر من مهر مثلها صح منه بمهر مثلها ولغا الزائد، وإن كان الألف أقل صح به، وكذا إذا تساويا.

وقال فى «المصباح»: مفهوم قوله بـ «أقل» أنه لا يصح بالمساوى.

قال القونوى: ولك أن تقول: قوله: بـ «أقل» مشعر بتحقق التفاوت، فمفهومه أنه لا يصح بغير الأقل على تقدير التفاوت، وهو معنى صحيح؛ لخروج المساوى عن هذا التقدير. انتهى.

وهذا كلام قويم فلا اعتراض على المصنف، وإن نكحها بمهر مثلها وكان أكثر من

الألف، أو بأكثر من الألف ومهر مثلها أكثر منه بطل النكاح؛ لأن الولى لم يأذن بأكثر من الألف.

وفى الرد إلى الألف إضرار بها.

وإن عين له المرأة فقط كفلانة أو كامرأة من بنى فلان، لم يجز أن ينكح غيرها.

ويتزوجها بمهر مثلها، فإن زاد عليه بطل فى الزائد، ووجب قدر مهر المثل.

وقيل: يجب مهر المثل فى الذمة ويبطل فى الكل.

فإن عين المهر والمرأة، نظرت: فإن عين ألفا وهو مهر المثل أو أقل فنكح به صح.

وإن نكح بأكثر من الألف، سقطت الزيادة، إلا إذا كان مهر مثلها أكثر، فإن النكاح يبطل كما سبق.

وإن أذن بأكثر من الألف، ومهر مثلها ألف بطل الإذن.

وإن أطلق الإذن، وقال: تزوج من شئت، صح أيضًا على الأصح، ويتزوج لائقة بمهر مثلها أو أقل، هذا إذا لم يكن مطلاقا، فإن كان مطلاقًا اشترى له سُرِّية.

وقوله: «ولا مهر بوطئه رشيدة نكحها بلا إذن، ولا لمعتقة مريض نكحها وهى ثلثه كَمُزَوِّج عبده أَمَتَه».

أى: ولا مهر لامرأة يتزوجها السفيه بغير إذن الولى ويطؤها؛ لأن النكاح باطل.

ولا حد للشبهة ولا مهر؛ لأنها سلطته كما لو بيع منه شيء فأتلفه بعد إقباضه لا يضمنه، وإن فك عنه الحجر على الصحيح، هذا إذا كانت الزوجة رشيدة.

فأما إذا كانت سفيهة فإنه يلزمه مهرها؛ لأن تمكينها غير معتبر، ولم يستثنِ السفيه فى «الحاوى».

وكذا إذا أعتق مريض أمته وهى ثلث ماله، ونكحها لا يثبت مهرها.

ولو ثبت لها المهر لكان دَيْنًا ينقص التركة فلا يفى الثلث بعتق جميعها فيرق بعضها ويبطل به النكاح، فيؤدى ثبوت المهر إلى بطلان موجبه، وما أدى ثبوته إلى بطلانه بطل.

وكذلك إذا زوّج أمته عبده، لم يثبت مهر، لاتحاد المستحق والمستحق عليه.

❊ ❊ ❊

الكفاءة[1] فى النكاح

وقوله: «ويكافِئُ جميلة وموسرة لا عربية، وقرشية، وهاشمية ومطَّلبيَّة وحرة وعفيفة وسليمة من حرف دنيئة وعيب نكاح - عَمَّ - لا عُنَّة غَيْر، ولا معيبة معيب وإن فضل بغير، ويزوجها به ولى لا قاض برضا كل».

أى: ويكافئ جميلة الصورة غير جميلها، ويكافئ الموسرة غير الموسر.

ولا يكافئ العربية غير العربى، ولا القرشية غير القرشى، ولا الهاشمية غير الهاشمى وكذا المطلبية.

ويكافئ أحدهما الآخر والاعتبار فى النسب بالأب.

ويعتبر الانتماء إلى العلماء؛ لأنهم ورثة الأنبياء، وإلى الصلحاء المشهورين، قال تعالى: ﴿وَكَانَ أَبُوهُمَا صَٰلِحًا﴾ [الكهف: ٨٢].

ولا عبرة بالانتماء إلى عظماء الدنيا وإن تفاخر الناس بهم. كذا قاله الإمام، وقال الرافعى: لا يساعده كلام النقلة.

ومن أسلم بنفسه لا يكافئ من أبوها مسلم.

والحرف الدنيئة فى الآباء والفسق هو مما يُعير به الولد فليكن من أبوه ذو حرفة دنيئة أو مشهور بالفسق مع التى أبوها عدل، كمن أسلم بنفسه مع التى أبوها مسلم.

وليس الفاسق كفئًا للعفيفة، ولا الرقيق كفئًا للحرة، ولا من مسه رق كفئًا لمن لم يمسها، ولا من مس الأقرب من آبائه كفئًا لمن مس الأبعد منهم.

ومن خصال الكفاءة السلامة من العيوب العامة المثبتة للخيار فى النكاح، وهى الثلاثة: الجنون، والجذام، والبرص؛ لأن النفس تعاف من به تلك العيوب، ويختل بها مقصود النكاح[2].

---

(١) (الكفاءة): أما لغة: فهى بالفتح مصدر: كافأه فى كذا إذا ساواه فيه فهى لغة المماثلة والمساواة. والكفء: هو المماثل والنظير ومنه قوله ﷺ: «المؤمنون تتكافأ دماؤهم، ويسعى بذمتهم أدناهم»، أى: تتساوى فى الديات والقصاص، فدم الشريف منهم كدم الوضيع. ويقال: فلان كفء فلانة، إذا كان يصلح لها بعلًا.

وأما اصطلاحًا: فهى مساواة الزوج للزوجة فى أمور مخصوصة

(٢) اعتبرت الحنفية الكفاءة فى ستة أشياء: النسب، والإسلام بالنسبة للآباء والأجداد، والحرية، والمال، والديانة، والحرفة.

وذهب مالك - رحمه الله - والثورى وأبو الحسن البصرى إلى أنها معتبرة فى الدين والخلق لا غير؛ فلا تزوج عفيفة بفاجر، ويجوز للعبد القن نكاح الحرة النسيبة الغنية متى كان مسلما عفيفا، ويجوز لغير القرشيين نكاح القرشيات، ولغير الهاشميين نكاح الهاشميات وللفقراء نكاح الموسرات. =

. . . .

= وفى رواية أخرى عن مالك أنه يعتبرها فى الدين والحرية والسلامة من العيوب.
وقال أحمد فى رواية عنه: هى الدين والنسب خاصة.
وفى رواية أخرى: هى خمسة: الدين، والنسب، والحرية، والصناعة، والمال.
وإذا اعتبر فيها النسب، فعنه فيه روايتان:
إحداهما: أن العرب بعضهم لبعض أكفاء.
الثانية: أن قريشا لا يكافئهم إلا قرشى، وبنو هاشم لا يكافئهم إلا هاشمى.

فاتضح من هذا العرض اتفاق جمهور الأئمة على اعتبار الدين والنسب والحرية والصناعة والمال من خصال الكفاءة، وذهب قليلون إلى قصر الكفاءة على الدين والخلق لا غير، وهو ما ذهب إليه مالك والثورى وأبو الحسن البصرى، وهؤلاء قد استدلوا بالكتاب والسنة:

أما الكتاب: فقوله - تعالى -: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَـٰكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ وَجَعَلْنَـٰكُمْ شُعُوبًا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓا۟ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ﴾ [الحجرات: ١٣]

جهة الدلالة: أن الله - سبحانه وتعالى - ذكر فى أول الآية: أن العالم كله متحد فى أصل الخلقة؛ إذ الكل من آدم وحواء؛ فلا وجه للتفاخر بالأنساب والتعالى بالأحساب؛ لأنه ما جعلهم شعوبا وقبائل إلا للتعارف وابتناء الأنساب والتوارث، لا للتفاخر بالآباء والقبائل، ثم علل النهى عن التفاخر بالأنساب المستفاد من الكلام بطريق الاستئناف الحقيقى، بقوله - تعالى -: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ﴾ [الحجرات: ١٣] كأنه قيل: إن الأكرم منزلة عند الله والأرفع درجة هو الأتقى فإن فاخرتم ففاخروا بها.

فحيث جعل مناط الفخر والكرم هو التقوى فلا عز إلا بوجودها، ولا تعيير إلا بفقدها، فمتى فقدت عدمت المساواة؛ إذ لا مساواة بين التقى والفاسق، ولا مساواة عند فقد التقوى والخلق، وأما عند وجودهما فلا فرق بين مؤمن ومؤمن، وقد قال - تعالى -: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾ [الحجر: ١٠] وقال - أيضا -: ﴿فَٱسْتَجَابَ لَهُمْ رَبُّهُمْ أَنِّى لَآ أُضِيعُ عَمَلَ عَـٰمِلٍ مِّنكُم مِّن ذَكَرٍ أَوْ أُنثَىٰ ۖ بَعْضُكُم مِّنۢ بَعْضٍ﴾ [آل عمران: ١٩٥] فبالنظر فى هذه الآيات نعرف أن الناس سواسية لا فضل لأحد على أحد إلا بالتقوى فى نظر الشارع الحكيم.

أما أدلتهم من السنة: فقوله ﷺ: «الناس سواسية كأسنان المشط، لا فضل لعربى على عجمى، إنما الفضل بالتقوى».

وقوله ﷺ: «إن الله أذهب عنكم نخوة الجاهلية وتكبرها بآبائها. كلكم لآدم وحواء كطف الصاع بالصاع، وإن أكرمكم عند الله أتقاكم، فمن أتاكم ترضون دينه وأمانته فزوجوه» أخرجه البيهقى عن أبى أمامة.

وأخرج الطبرانى وابن مردويه عن أبى هريرة - رضى الله تعالى عنه - عن النبى ﷺ أنه قال: «يقول الله يوم القيامة: أيها الناس، إنى جعلت نسبا وجعلتم نسبا، فجعلت أكرمكم عند الله أتقاكم، فأبيتم إلا أن تقولوا: فلان بن فلان، وفلان أكرم من فلان، وإنى اليوم أرفع نسبى وأضع نسبكم، إن أوليائى إلا المتقون حيث كانوا وأين كانوا».

وفى الترمذى عنه - عليه السلام -: «إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه، إلا تفعلوا تكن فتنة فى الأرض وفساد كبير» قالوا: يا رسول الله، وإن كان فيه؟ فأعاد - عليه السلام - الحديث ثلاث مرات.

وأيضا: ففى فعل النبى ﷺ والصحابة ما يدل على ذلك، فقد زوج النبى ﷺ زينب بنت جحش القرشية من زيد بن حارثة وكان مولى، وخطب أبو طيبة إلى بنى بياضة فأبوا أن يزوجوه، فقال - عليه الصلاة والسلام -: «أنكحوا أبا طيبة، إلا تفعلوا تكن فتنة فى الأرض وفساد كبير»، وفى رواية: =

فلا يكون من به عيب كفئًا للسليمة، ولا لمن عيبها دونه فى الفحش وكذا من ساوته على الأصح؛ لأن النفس تعاف من غيرها ما لا تعاف من نفسها.

ومن خصالها السلامة من الحرف الدنيئة فليس أصحابها أكفاء لغيرهم؛ فالكناس، والحجام، والحارس لا يكافئ بنت الخياط [ولا الخياط بنت التاجر](١) ولا المحترف بنت العالم.

وذوو الحرف الدنيئة يكافىء بعضهم بعضا، وقد عكس فى «الحاوى» المكافأة فى هذه الصور، فقال: «وليست العربية والقرشية كفءَ غيرٍ»، وكان الأحسن أن يقول: وليس غير

= «أنكحوا أبا هند وانكحوا إليه» وكان حجاما للنبى ﷺ.

وخطب بلال - رضى الله عنه - إلى قوم من الأنصار فأبوا أن يزوجوه؛ فقال له النبى ﷺ: «قل لهم: إن رسول الله يأمركم أن تزوجونى».

فهذا كله يفيد أن النبى ﷺ أمر بالتزوج من غير الكفء فى النسب وغيره، وأنه لم يعول فيها إلا على الدين والخلق.

وأما فعل الصحابة: فقد صح أن ضباعة بنت الزبير وهى قرشية، كانت تحت المقداد بن الأسود وهو كندى.

وصح أن أبا حذيفة بن عتبة أنكح سالما ابنة أخيه الوليدِ بن عتبة، وقد كان سالم هذا مولى امرأة من الأنصار.

وتزوج بلال بن رباح - وهو حبشى - بأخت عبد الرحمن بن عوف.

هذا وقد أجاب الجمهور على هذه الأدلة بأن الآيات التى وردت والأحاديث التى سيقت للدلالة على المساواة بين المسلمين جميعا: لا فضل لأحد على أحد إلا بالتقوى - فأمرها مقبول ومعقول، ولا يتأتى لأحد أن ينكره، إلا أن ذلك خاص بأمور الآخرة؛ إذ لا يمكن حمله على أحكام الدنيا.

سلمنا دلالتها على اعتبارها فى الدين وهذا ما نقول به، ولكنا نمنع دلالتها على نفى ما وراءه؛ إذ تخصيص الشىء بالذكر لا يدل على نفى ما عداه، فذكر الدين لكونه حقا لله يجب أن يحتفظ به، ويعمل على اعتباره؛ لزيادة فضله وعلو شأنه.

وأما حديث أبى طيبة وبلال فالأمر بالتزويج يحتمل أنه كان ندبا لهم إلى الأفضل، وهو اختيار الدين وغض النظر عما سواه والاقتصار عليه، ونحن نقول بذلك، ولكنا نتكلم فيما يوجب التعيير للأولياء والتضرر للمرأة.

ويحتمل أنه كان أمر إيجاب لهم؛ فيكون أمرهم بالتزوج منهما مع عدم الكفاءة نسبا تخصيصا لهم بذلك كما خص أبا طيبة بالتمكين من شرب دمه ﷺ، وخص خزيمة بقبول شهادته وحده؛ تكريما له، ولا شركة فى موضع الخصوصية.

وأما أسامة وسالم والأسود وغيرهم ممن تزوج من نساء قريش، وهو غير نسيب - فيحتمل أنهن أسقطن حقهن فى الكفاءة هن وأولياؤهن؛ إيثارًا للدين؛ لأن هؤلاء جميعا من أجلاء الصحابة - رضى الله عنهم - والكفاءة حق المرأة والأولياء لهم أن يتركوها، ولا حظر على أحد فى ترك حقه.

وإنما حملنا أدلتهم على ذلك؛ توفيقا بين النصوص، وعملا بمجموعها، ومتى أمكن الجمع ودفع التعارض، وجب أن يصار إليه؛ لتصان أوامر الشرع عن الإهمال والإسقاط

(١) فى أ: ولا الخباز.

العربى كفئًا للعربية.

وكذا سائر ما عددناه على أنه ورد فى القرآن: ﴿وَلَيْسَ ٱلذَّكَرُ كَٱلْأُنثَىٰ﴾ [آل عمران: ٣٦]، والمراد عند بعضهم: وليس الأنثى كالذكر، وعند آخرين لا قلب فيه، والمراد: ليس الذكر الذى طلبته كالأنثى التى وهبت بل هى أفضل.

فكل هؤلاء لا يكافئهم غيرهم، وإن كان فيه فضيلة أخرى ليست فى الآخر، فليس العجمى العفيف كفئًا للعربية الفاسقة، ولا الدنىء السليم كفئًا للشريفة المعيبة.

ونقل الرافعى عن الرويانى أن الشيخ ليس كفئًا للشابة ولا الجاهل كفئًا للعالمة.

قال النووى: قلت: الأصح خلاف ما قاله الرويانى والله أعلم.

فإن رضيت المرأة والولى الواحد أو الأولياء الذين هم فى درجة واحدة، بغير الكفء جاز.

وهذا إذا كان الولى غير القاضى، أما إذا لم يكن إلا القاضى لم يكف رضاه معها على الأصح؛ لأنه كالناظر النائب لأولياء النسب فلا يترك ما فيه الحظ، فلو زوجها أو بعض الأولياء بغير رضا الباقين من كفء بدون مهر المثل برضاها صح؛ إذ لا حق للأولياء فى المهر بخلاف الكفاءة.

وقوله: «وقدم ندبا أفقه فأورع فأسن ثم بقرعة».

أى: إذا كان للمرأة أولياء فى درجة كالإخوة والأعمام، فالأولى أن يقدم أفقههم؛ لأنه أعلم بشرائط العقد ثم الأورع؛ لأنه أشفق، ثم الأسن؛ لكثرة تجاربه.

ولم يذكر الأورع فى «الحاوى»، وقد ذكره فى «العزيز» و«الروضة» وغيرها.

فإذا استووا فى الخصال المذكورة أقرع بينهم، فمن خرجت له القرعة عقد.

ويستحب أن يراعى رضا الباقين لحسم الإذْن.

وقوله: «وصح من غير، فإن لم يعلم السابق بطل، وإن التبس وقف ولا نفقة، وبموت وقِفَ إرث زوجة من كل وارث زوج منها، وبنزاع إن حلفت بجهل سابق بطل، وإن أقرت حلفت للثانى، وإلا حلف وغرمت».

أى: إذا زوجها غير الأفقه ونحوه بإذنها من كفء صح النكاح؛ لأنه ولى، وإن أذنت لواحد أن يزوجها من زيد وللآخر أن يزوجها من عمرو، أو قالت: أذنت لمن شاء من أوليائى أن يزوجنى ممن شاء، جوزناه.

أما إذا قالت: أذنت لكم أن تزوجونى، فالأصح اشتراط اجتماعهم، فإذا زوجها أحدهم

نظرت: فإن علم السابق فالنكاح له، وإن لم يعلم بأن جهل السبق، أو علم وجهل السابق، أو وقع العقدان معا فالنكاحان باطلان.

وإن علم السابق ثم التبس وقف النكاحان.

فهذه خمس صور كما فى الجمعة، إلا أن فى الجمعة إذا علم السبق دون السابق فالأصح أنهم يصلون الظهر.

وكأن الفرق أن هذا العقد حق وقع لمجهول ولم يعرف، فإمضاؤه متعذر، فهو كما لو لم يعرف سبق، وفى الجمعتين الحق لله تعالى وقد وقعت الأولى صحيحة فى علمه تعالى؛ فامتنع إقامة جمعة أخرى، ووجبت على الجميع إعادة الظهر.

أما من سقط عنه الفرض فى علم الله تعالى فتقع له نفلًا، وأما الآخرون فيقع لهم ظهرهم الموقع؛ لأنها صارت فرضهم.

وإن علم السابق ثم التبس، وقف الحكم إلى أن يتبين الحال، فلا يجوز لواحد منهما غشيانها، ولا لثالث نكاحها، قبل أن يطلقاها أو يموتا أو يطلق أحدهما ويموت الآخر وتنقضى العدة.

ولا تجب لها نفقة عليهما، ولا على أحدهما مدة الإشكال، حتى يتبين الزوج منهما على الأصح.

ومن مات منهما وقف من تركته ميراث زوجة، وإن ماتت وقف من تركتها ميراث زوج، وهذا إذا تصادقا على التباس السابق.

وأما إذا ادعى كل واحد منهما أنه السابق وأنها تعلم ذلك، سمعت الدعوى عليها على الأصح؛ بناء على أن إقرار المرأة بالنكاح يقبل، وإن أنكرت حلفت لكل: إنها لا تعلم، وبطل النكاحان كما أفاد ابن الرفعة، ونقله عنه الأذرعى والنشائى أنه المنصوص فى «الأم»، وبه قطع العراقيون، والماوردى، والشيخ أبو حامد، والمحاملى، وابن الصباغ، والجرجانى، والشاشى، وصاحب البيان، والقاضى حسين فى التعليق، وذكر أنه مقتضى كلام المراوزة وتابعه فى «الكافى»، وهذا مخالف لما فى «الحاوى» ولما نقله الرافعى والنووى عن الإمام وأقراه، وقالا: إذا حلفت إن لكل منهما أن يدعى على الآخر وإن منعناه ابتداء؛ لأنها اعترفت بجريان العقدين[1] وادعت جهل السابق، فقد وجد لتداعيهما مستند، فمن ادعى منهما السبق ونكل صاحبه وحلف، فالزوجة له، وإن أقرت لأحدهما

---

(١) فى أ: العقد.

بالزوجية قُبل على الأصح وللثانى تحليفها، فإن حلفت له فذاك، وإن نكلت فحلف يمين الرد[1] لزمها أن تغرم له الصداق؛ لأنها فوتت عليه البضع بإقرارها.

وقوله: «وحرم بنسب وإن نفى ورضاع كل أصْل وفصْل، وفصول أول أصل وأول فصل من كل أصل بعده، وزوجة أصل وفصل، وأصل زوج وبوطء فصلهما، لا ولد زنى فى جهة أب».

أى: ويحرم على كل من الرجال والنساء حرمة مؤبدة من بَيْنَه وبينها نسب أو رضاع يدخل فى هذا الضابط، وتسميتهم أصولاً ونحوه فى جهة الرضاع على سبيل المجاز.

فالأصول: الآباء والأمهات والأجداد والجدات وإن علوا[2].

---

(١) فيط: يمينا.

(٢) اتفقت كلمة المسلمين قاطبة على أنه لا يجوز للإنسان أن يتزوج أمه، وهذا المنع لم يكن خاصًا بشريعة محمد ﷺ بل ذلك ثابت من زمن آدم إلى يومنا هذا حتى أنه لم ينقل حل نكاحهن فى أى دين من الأديان.

وأما نكاح الأخوات، فنقل أنه كان مباحا فى زمن آدم؛ لضرورة التناسل، وبقاء النوع، ثم لما كثر النسل وانتفت الضرورة صار حراما.

ثم إن الأم فى اللغة: الأصل؛ قال الله - تعالى -: ﴿وَعِندَهُۥٓ أُمُّ ٱلْكِتَٰبِ﴾ [الرعد: ٣٩]، فكل امرأة رجع نسبك إليها بالولادة من جهة أبيك أو أمك بدرجة أو بدرجات، سواء رجعت إليها بذكور أم بإناث فهى أمك.

وقد استدل المسلمون على أن ذلك حرام، بالنقل والعقل:

أما النقل: فقوله - تعالى -: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣].

وقال بعضهم: إن هذه الآية لا تدل على تحريم نكاح الأمهات؛ وذلك لأن التحريم فى الآية أضيف إلى الأمهات، والتحريم لا يمكن إضافته إلى الأعيان، وإنما يمكن إضافته إلى الأفعال، وذلك الفعل غير مذكور فى الآية، فكما يحتمل أن يكون المراد منه النكاح يحتمل أن يراد منه الأكل أو الجلوس، فإذا تعين أن يكون المراد منه النكاح دون غيره بلا مرجح كان تحكما وترجيحا بلا مرجح.

فيجاب عنه - **أولا** -: بأن هناك مرجحا؛ إذ تقدم قبل هذا قوله - عز وجل -: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٢].

فهذه قرينة دالة على أن المراد: النكاح.

وثانيا: أن هذا معلوم من الدين بالضرورة، فلا وجه للتنصيص عليه؛ لأن الأصل فى ذلك أن الحرمة أو الإباحة إذا أضيفتا إلى الأعيان، فالمراد: الفعل المطلوب منهما فى العرف.

وقد ورد على هذه الآية - أيضا - أنها ليست نصا فى تحريم الأمهات على سبيل التأبيد، فإن القدر المذكور فى الآية يمكن تقسيمه إلى المؤبد والمؤقت، كأن الله تعالى يقول تارة: حرمت عليكم أمهاتكم إلى الوقت الفلانى فقط، وتارة أخرى يقول: حرمت عليكم أمهاتكم مؤبدا.

وإذا كان القدر المذكور صالحا لأن يجعل موردا للتقسيم، لم تكن الآية نصا فى التأبيد.

فيجاب عنه - **أولا** -: بأن التحريم الذى ورد فى الآية ورد مطلقا، فينصرف إلى الفرد الكامل =

والفصول: البنون والبنات وأولادهم وإن سفلوا، كلٌّ مُحَرَّم على الآخر.

وفصول أول أصل هم أولاد الأبوين يحرم على كل منهم إخوته وأولادهم وإن سفلوا، وأول فصل من كل أصل بعده، أى بعد الأب والأم الذى هو أول أصل وهم أولاد الجد والجدات من الجانبين، وإن علوا كلهم ذوو عمومة وخئولة.

واحترز بقوله: «وأول فصل»، من أولاد الأعمام والأخوال والعمات والخالات.

ولما سَمَّى الأب أول الأصول حسن أن يسمى الجد بعده.

ويحرم على الرجل زوجة الوالد وإن علا، وزوجة الولد وإن سفل.

وعلى المرأة زوج الأم وإن علت وزوج البنت وإن سفلت.

ويحرم على الرجل أم زوجته وإن علت[1] وبنت مدخول بها[2] وإن سَفَلَت، يؤخذ ذلك من قوله: «وبوطء فصلهما».

= منه، وهو التأبيد حتى يرد على التأقيت، ولا دليل.

ثانيا: أن من يلاحظ الدليل العقلى الذى سيأتى قريبا، وأن ذلك المنع لعلة، وأنها لا تزال مستمرة إلى الأبد - فهم التأبيد.

وأما العقل: فلأن ذلك يفضى إلى قطع الرحم، وقطع الرحم حرام؛ وذلك لأن النكاح لا يخلو من مباسطات تجرى بين الزوجين عادة وبسببها تجرى الخشونة بينهما، وهذه تفضى إلى قطع الرحم.

وأما الجدات سواء أكن من قبل الأم أم الأب، وسواء كن أقارب أم أباعد - فإن الأئمة اتفقوا على تحريم نكاحهن:

وذلك إما بالنص؛ لأن اللغة تقول: «أمُّ كل شىء: أصله» فأم القرى: مكة؛ لأنها توسطت الأرض فيما زعموا؛ لأنها قبلة الناس يؤمونها أو لأنها أعظم القرى شأنًا.

وأم الكتاب: أصله، أو اللوح المحفوظ.

ومنه قوله ﷺ: «الخمر أم الخبائث» أى: أصلها، فالأم على هذا من قبيل التواطؤ.

ويصح أن يكون تحريم الجدات بدلالة النص؛ لأن الله - تعالى - حرم العمات والخالات، وهن أولاد الجدات؛ فكانت الجدات أقرب إلينا منهن؛ فكان تحريمهن تحريما للجدات من باب أولى؛ كتحريم التأفيف نصا، يكون تحريما للضرب والشتم دلالة.

(١) والمراد بهن المنكوحات مطلقا، سواء أكن مدخولا بهن أم لا، وقد اتفق الأئمة الأربعة على أن العقد الصحيح على البنت يحرم الأم على زوج بنتها، وإذا كان العقد فاسدا، فلا تحرم عليه الأم إلا إذا وطئ البنت.

وحجتهم فى ذلك: ما أخرجه البيهقى فى سننه من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى ﷺ قال: إذا نكح الرجل المرأة فلا يحل له أن يتزوج أمها، دخل بالابنة أو لم يدخل، وإذا تزوج الأم ولم يدخل بها ثم طلقها فإن شاء تزوج الابنة.

وأيضا: ما روى المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى ﷺ قال: «أيما رجل نكح امرأة، فدخل بها أو لم يدخل فلا تحل له أمها».

وذهب إلى هذا جماعة من الصحابة والتابعين. =

. . . .

= وذهب قوم إلى أن الأم لا تحرم على زوج بنتها إلا بالدخول على البنت كالحال فى البنت؛ فإنها لا تحرم إلا بالدخول على الأم، وروى هذا عن ابن عباس، وعلى، وزيد بن ثابت من طرق ضعيفة.

وروى عنهم أيضا ما يوافق الأئمة الأربعة، وجمهور الصحابة والتابعين.

وذهب داود الظاهرى وابن المريش والزبير ومجاهد إلى القول بأنه لا يحرم على الرجل أن يتزوج بأم من عقد عليها ولم يدخل بها؛ لأن العقد على البنت عندهم لا يحرم الأم حتى يصحبه دخول، وعلى هذا لو عقد على أم من عقد عليها ولم يدخل بها يكون النكاح صحيحا.

وبهذا أخذ داود الظاهرى، وبشر، ومجاهد، واستدلوا عليه بقوله - تعالى -: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٣].

ووجه الدلالة من هذه الآية: أنهم قالوا: إن الله - سبحانه - ذكر أمهات النساء، وعطف عليها الربائب، ثم أعقبها بذكر الشرط، وهو الدخول؛ فينصرف الشرط إليهما.

ومما يؤيد أن الشرط راجع إليهما جميعًا: أنه روى عن على بن أبى طالب ذلك.

وقالوا - أيضًا -: يصح أن يكون الموصول، وهو قوله - تعالى -: ﴿ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٣] صفة للجملتين، فتتقيدا بالدخول، ويصير معنى الآية هكذا: وأمهات نسائكم اللاتى دخلتم بهن وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن.

ويتضح لنا من هذا أن مبنى الخلاف: هل الشرط فى قوله - تعالى -: ﴿ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [النساء: ٣٢] يعود إلى أقرب مذكور، وهن الربائب فقط؟ أم إلى الربائب والأمهات المذكورات قبلها فى قوله - تعالى -: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [النساء:٢٣]؟ فإن الشرط يحتمل أن يكون عائدا إلى الأمهات والبنات، ويحتمل أن يكون عائدا إلى أقرب مذكور وهن البنات.

إذا ثبت هذا، فإنه يجاب عما ذهب إليه الظاهرية ومن معهم من الاستدلال بالآية بأن محل رجوع الشرط المذكور فى آخر كلمات معطوف بعضها على بعض، للجميع إذا كان مصرحًا به، وأما الصفة المذكورة فى آخر الكلام فتصرف إلى ما يليها فقط؛ فإنك إذا قلت مثلًا: جاءنى محمد وخالد العالم، فإن صفة العلم تقتصر على خالد فقط، وقوله تعالى: ﴿ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٣] وصف بالدخول، فيقتصر على ما يليه فقط.

وأما رواية أن على بن أبى طالب قال ذلك فإنه رواها عن خلاس بن عمرو الهَجَرى، وقد ضعفها العلماء.

قال القرطبى: وحديث خلاس عن على لا تقوم به حجة، ولا يصح روايته عند أهل العلم بالحديث، والصحيح عنه مثل قول الجماعة.

والقول بأن الموصول يصح أن يكون صفة للجملتين باطل؛ لأنه لو كان وصفًا لهما للزم أن يكون وصفًا لمعمول عاملين مختلفين؛ لأن العامل فى أمهات نسائكم: الإضافة، وفى نسائكم: حرف الجر، وهو: «مِن»، فلو كان الدخول صفة لهما، لأدى إلى اختلاف العامل فى الصفة، واختلاف العامل على معمول واحد باطل، كالعطف على معمول عاملين مختلفين؛ فتعين أنه ليس صفة عائدة إليهما، بل يجب أن يكون صفة لواحد منهما، وما يليه أولًا.

على أن الاحتياط فى الفروج يقضى أن يجعل شرطًا فى الربيبة فقط .

كما أن العقل يضعف ما ذهب إليه الظاهرية، ويقوى مذهب الجمهور؛ لأن مثل هذا النكاح يفضى إلى قطيعة الرحم؛ لأنه إن طلق البنت، وتزوج أمها، حملها ذلك على الضغينة التى هى سبب لقطيعة الرحم، وكل ما يفضى إلى قطيعة الرحم تحرمه الشريعة الإسلامية؛ لذلك نجدها =

....

= تحرم الجمع بين المرأة وأختها، وبين المرأة وبنتها؛ خوفًا من قطيعة الرحم، وهذا المعنى يستوى فيه: ما إذا دخل بالبنت، وما إذا لم يدخل بها، بخلاف الأم حيث قلنا: لا تحرم بنتها بمجرد العقد عليها؛ لأن إباحة نكاح البنت بعد العقد على أمها لا يفضى إلى القطيعة المحرمة؛ وذلك لما هو معروف عن الأم من الشفقة على بنتها، فهى تؤثرها على نفسها، بخلاف البنت؛ فإنها لا تؤثر أمها على نفسها.

وفرق آخر بين البنت والأم: أن الرجل يبتلى فى العادة بمكالمة أم الزوجة عقيب النكاح؛ لأنها هى التى ترتب الأمور، فحرمها الشرع بنفس العقد؛ حتى يتمكن من الخلوة بها، ويسهل عليها ترتيب أمرها، وما لا بدّ لها فى أمر الزفاف منه، بخلاف البنت؛ فإنها لا تسعى فى مصالح الأم؛ فانتفى هذا الغرض.

تبين لنا من بيان الأدلة، ومناقشة أدلة المخالفين للجمهور رجحان مذهب الجمهور؛ لقوة أدلتهم، وسلامتها من الطعن، وعدم قوة معارضة غيرها لها

(٢) وإنما يحرمن بالدخول، وقد أجمعوا على أن الرجل إذا تزوج من امرأة، ثم طلقها، أو ماتت ولم يدخل بها - فله أن يتزوج بنتها، وهو قول الشافعى وأصحابه والحنفية ومالك والثورى والأوزاعى وإسحاق وأبى ثور، وروى عن جابر بن عبد الله، وعمران بن حصين أنهما قالا: إذا طلقها ولم يدخل بها يتزوج ابنتها.

وقد اختلفوا فى معنى الدخول الذى يحرم بنت الزوجة: فذهب جماعة إلى أن المراد به الجماع، وروى ذلك عن ابن عباس، وقال به طاوس، وعمرو بن دينار، وهو الأصح من قولى الشافعى.

وذهب آخرون إلى أن المراد به: الخلوة، وهو قول مالك وأبى حنيفة وأحمد.

وقال عطاء: يحرم ذلك التفقيس والقعود بين الرجلين.

وقال الأوزاعى: إن دخل بالأم فعرّاها ولمسها بيده أو أغلق بابا، وأرخى سترا - فلا يحل له نكاح ابنتها.

فقد اتفقوا على أن وطء الزوجة يحرم الربيبة، واختلفوا فى غير الوطء من اللمس والنظر إلى الفرج بشهوة أو بغير شهوة: هل ذلك يحرم الربيبة أم لا؟

فقال مالك والثورى وأبو حنيفة والأوزاعى والليث بن سعد: إن اللمس بشهوة يحرمها، وهو أحد قولى الشافعى.

وقال داود، والمزنى: لا يحرمها إلا الوطء، وهو أحد قولى الشافعى المختار عنده.

والنظر كاللمس عند مالك إذا كان بقصد التلذذ إلى أى عضو كان، وفيه عنه خلاف، ووافقه أبو حنيفة فى النظر إلى الفرج فقط.

وقال الثورى: النظر كاللمس، ولم يشترط اللذة.

وخالفهم فى ذلك ابن أبى ليلى، والشافعى فى أحد قوليه فلم يوجب فى النظر شيئا، وأوجب فى اللمس.

ومبنى الخلاف: اختلافهم فى مفهوم الدخول المشترط للتحريم فى قوله - تعالى -: ﴿ٱلَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [النساء: ٣٢] هل المراد به: الوطء أو التلذذ بما دون الوطء؟ وعلى أن المراد به التلذذ بما دون الوطء، هل يدخل فيه النظر أم لا؟

والأصل فى تحريم نكاح بنات الزوجات قوله - جل شأنه -: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [النساء: ٣٢].

واختلفوا: هل يشترط فى تحريم بنت الزوجة: أن تكون فى حجر الزوج أو لا؟ =

وغيرها يحرم بمجرد العقد، وللمنفى باللعان حكم الولد الثابت النسب فى التحريم؛ لأنه [بصدد](١) أن يثبت نسبه لو اعترف به، وأما ولد الزنى فليس له نسب يثبت تحريمًا، فيجوز للزانى أن ينكح البنت من زناه، وإن غلب على ظنه كونها مخلوقة من مائة؛ لأنها أجنبية عنه شرعًا.

وكذا الحكم فى سائر المحارم من جهة الأب من الزنى(٢).

= ذهب الجمهور إلى أنه لا يشترط ذلك فى التحريم.

وقال داود: يشترط فى تحريمها أن تكون فى حجره.

ومبنى الخلاف: هل قوله - تعالى -: ﴿ٱلَّتِى فِى حُجُورِكُم﴾ وصف له تأثير فى الحرمة؟ أو ليس له تأثير فيها؟ وإنما هو وصف خرج مخرج الموجود الغالب، فمن قال: إنه وصف خرج مخرج الموجود الغالب وليس مؤثرا فى الحرمة، قال بحرمة الربيبة مطلقا.

ومن قال: إنه شرط غير معقول المعنى مؤثر فى الحرمة، قال: لا تحرم إلا إذا كانت فى حجره.

(١) فى ط: يصدق عليه.

(٢) اعلم أنه قد وقع خلاف فى نكاح الزانية: فذهب الجمهور إلى جواز نكاحها؛ متمسكين بما جاء فى الحديث أن رجلا قال للنبى ﷺ فى زوجته: إنها لا ترد يد لامس، فقال له النبى ﷺ: «طلقها»، فقال: إنى أحبها، فقال له: «فأمسكها» فأَمْرُ النبى ﷺ الرجل بإمساك تلك المرأة التى لا ترد يد اللامس بعد قوله: «إنى أحبها» يقتضى أن نكاح الزانية جائز؛ إذ لو لم يكن جائزا لما أمره بإمساكها.

وذهب قوم إلى منع نكاح الزانية إن لم تظهر التوبة من الزنى، فإذا زنى أحد الزوجين يفسخ النكاح بينهما عند هؤلاء القوم الذين قالوا بالمنع.

وقال بعضهم: لا يفسخ النكاح، وإنما يؤمر الرجل بطلاق زوجته إذا زنت، فإن أمسكها أثم.

وقال بعض العلماء: الزنى عيب من العيوب التى توجب الخيار، فلو تزوجت امرأة برجل فتبين لها أنه ممن يعرف بالزنى، ثبت لها الخيار فى البقاء معه أو فراقه.

وعن الحسن حرمة نكاح العفيف للزانية إذا كانت مجلودة، فالمجلودة عنده لا تتزوج إلا مجلودا.

وما روى عن الحسن موافق لما فى بعض الأخبار؛ فقد أخرج أبو داود، وابن المنذر، وجماعة عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا ينكح الزانى المجلود إلا مثله».

وأخرج سعيد بن منصور، وابن المنذر أن رجلا تزوج امرأة، ثم زنى، فأقيم عليه الحد، فجاءوا به إلى على - كرم الله وجهه - ففرق بينه وبين امرأته، وقال له: لا تتزوج إلا مجلودة مثلك.

وعن ابن مسعود، والبراء بن عازب: أن من زنى بامرأة لا يجوز له أن يتزوجها أصلا.

وقال أبو بكر الصديق وابن عمر وابن عباس وجماعة من التابعين، والأئمة الأربعة: إنه يجوز لمن زنى بامرأة أن يتزوجها؛ يدل لذلك ما أخرجه الطبرانى، والدارقطنى من حديث عائشة - رضى الله عنها - قالت: سئل رسول الله ﷺ عن رجل زنى بامرأة وأراد أن يتزوجها، فقال: «الحرام لا يحرم الحلال».

وسبب الخلاف بين الذين أجازوا نكاح الزانية وبين الذين منعوه: اختلافهم فى مفهوم قوله - تعالى -: ﴿وَٱلزَّانِيَةُ لَا يَنكِحُهَآ إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌۚ وَحُرِّمَ ذَٰلِكَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: ٢]: هل خرج مخرج الذم، أو مخرج التحريم؟ واختلافهم فى الإشارة: هل راجعة إلى الزنى المفهوم مما قبلها؟ أو راجعة إلى نكاح الزانية؟

فذهب الجمهور إلى أنه خرج مخرج الذم، وأن الإشارة مرجعها إلى الزنى؛ فجوزوا نكاح =

. . . .

= الزانية.

وحجتهم فى ذلك: الحديث السابق، وهو أن رجلا قال للنبى ﷺ فى زوجته: إنها لا ترد يد لامس، فقال النبى ﷺ: «طلقها»، فقال: إنى أحبها، فقال له: «فأمسكها».

وقال المخالفون: النهى للتحريم، وإن الإشارة راجعة إلى النكاح؛ وبناء على ذلك قالوا بالمنع؛ وذلك لأن العفيف غيرته تأبى عليه أن يتزوج بالزانية التى ولغ فيها غيره، قال الشاعر:

وتجتنب الأسود ورود ماء　　إذا كان الكلاب ولغن فيه

إذا ثبت هذا، فهل تنتشر الحرمة بالزنى كما تنتشر بالنكاح؟ اختلفوا فى ذلك، وتظهر ثمرة الخلاف فيما إذا زنى رجل بامرأة، هل تحرم على أصوله وفصوله أو لا تحرم؟

فمن يرى أن الزنى ينشر الحرمة، كما ينشرها النكاح، يقول: تحرم على أصوله وفصوله.

وإلى هذا ذهب الحنفية والحنابلة، وعمران بن حصين، والشعبى، وعطاء، والحسن، وسفيان الثورى، وإسحاق، وطاوس، ومجاهد، وهو قول لمالك - رحمه الله - إلا أن المشهور عند المالكية خلافه.

ومن يرى أن الزنى لا يحرم، يقول: لا تحرم على أصوله وفصوله، وإلى هذا ذهب أصحابنا الشافعية، والمالكية فى أصح الأقوال عندهم، وهو أيضًا مذهب ابن عباس، وسعيد بن المسيب، وعروة بن الزبير، وأبى ثور، والزهرى، وابن المنذر.

وعلى هذا المذهب، فلو عقد الرجل على من زنى بها أبوه أو ابنه، كان النكاح صحيحًا؛ لأن من شرط صحة النكاح ألا تكون المرأة محرمة على الرجل، والمرأة التى زنى بها الأب أو الابن غير محرمة؛ فيصح نكاحها.

وأما على المذهب الأول، فإن النكاح يكون فاسدًا.

والخلاف فى هذا فرعُ الخلاف فى حقيقة النكاح:

فقال أصحابنا الشافعية ومن معهم: النكاح حقيقة فى العقد مجاز فى الوطء، وحملوا النكاح فى قوله - تعالى -: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٢٢] على العقد دون الوطء، وبنوا على هذا قولهم بحرمة من عقد عليها الآباء دون من زنوا بها.

وقالت الحنفية: النكاح حقيقة فى الوطء مجاز فى العقد، وحملوا النكاح فى الآية على الوطء، وقالوا: يحرم على الرجل أن يتزوج بمن وطئها أبوه حلالًا كان أو حرامًا، وأما المعقود عليها، ولم توطأ فقد قالوا: إن حرمتها ثبتت بالإجماع.

وقد استدل الشافعية ومن معهم بالكتاب والسنة والمعقول:

أما الكتاب: فقول الله - تعالى -: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٣].

ووجه الدلالة من الآية: أن الله - سبحانه وتعالى - حرم الربائب من النساء المضافة إلى المخاطبين، وقالوا: إنما تكون المرأة مضافة إلى المخاطبين بالنكاح لا بالزنى.

وعلى هذا فالموطوءة بالزنى لا يصدق عليها أنها من نسائه؛ فإن عرف الاستعمال جارٍ على أن إضافة المرأة إلى الرجل تقتضى كونها زوجة له، فإذا قال إنسان - مثلًا -: هذه من نساء فلان، فهم منه أنها من زوجاته؛ فيكون الدخول بالنكاح شرطًا فى ثبوت الحرمة، والزنى دخول بلا نكاح؛ فلا تثبت به الحرمة.

=

. . . .

= وأما السنة:

فأولًا: ما روى عن عائشة - رضى الله عنها - أن النبى ﷺ قال: «لَا يُفْسِدُ الْحَرَامُ الْحَلَالَ»، وفى رواية: «وَلَا يُحَرِّمُ الْحَرَامُ الْحَلَالَ».

ووجه الدلالة من هذا الحديث: أن النبى ﷺ أخبر أن الحرام لا يحرم الحلال، ومعلوم أن الزنى حرام؛ فلا يحرم به الحلال، وهو النكاح.

وثانيًا: ما روى عنها - أيضًا - أنها قالت: سُئل رسول الله ﷺ عن الرجل يتبع المرأة حرامًا أينكح أمها، أو يتبع الأم حرامًا أينكح ابنتها؟ فقال رسول الله ﷺ: «لَا يُحَرِّمُ الْحَرَامُ الْحَلَالَ إنما يُحَرِّمُ مَا كَانَ بِنِكَاحٍ حَلَالٍ» رواه الطبرانى فى «الأوسط». والحديث صريح فى أن الحرام لا يحرم، والزنى حرامٌ؛ فلا يحرم الحلال.

وأما المعقول: فقد قالوا: المصاهرة نعمة، والنعمة لا تنال بالمحظور، أما كون المصاهرة نعمة؛ فلما فيها من ثمرة المودة، وما يحدث بين أقارب الزوج والزوجة من الموالاة والمناصرة، ولا سيما بين الأولاد وأخوالهم، بل وأقارب والدتهم كافة، ثم إن من أخص صفاتها أنها تلحق الأجنبيات بالمحارم فى جواز الخلوة بهن، والسفر معهن، وإذا ثبت للمصاهرة هذه الميزة، ثبت كونها نعمة من النعم العظمى؛ ولذلك نجد الله - سبحانه وتعالى - يَمُنُّ على عباده بها، كما مَنَّ عليهم بالنسب، فقال فى كتابه العزيز: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا﴾ [الفرقان: ٥٤].

وأما كون النعمة لا تنال بالمحظور؛ فلانتفاء المناسبة بين الحكم وسببه؛ فإن المحظور لا يناسب أن يكون سببًا للحكم بإثابة النعمة، وإنما يناسب أن يكون سببًا للحكم بإزالة النعمة.

وقد نوقشت هذه الأدلة بما يأتى:

أما الآية: فقد قيل فيها: إنها بمعزل عن الدلالة لكم؛ لأنها تقتضى حرمة ربيبته من امرأته التى دخل بها بعد النكاح، أو قبله بالزنى، فإن اسم الدخول يقع على الحلال والحرام.

أضف إلى ذلك أنه يحتمل أن يكون المراد بالدخول فى الآية الدخول بعد النكاح، ويحتمل أن يكون قبله، والدليل إذا احتمل هذا واحتمل ذاك لا يصح الاحتجاج به مع الاحتمال، ولا سيما أن الاحتياط فى الفروج يقضى بالحرمة فيهما.

ويقال لهم فى الحديث الأول: إنه لم يصح عن رسول الله ﷺ، وإنما هو من كلام ابن بعض قضاة العراق، كما قال الإمام أحمد، وقيل: إنه من قول ابن عباس، رضى الله عنهما.

ويقال لهم فى الحديث الثانى: إن فيه عثمان بن عبد الرحمن الزهرى، وهو متروك؛ فلا يصح الاحتجاج به.

ويقال لهم فى المعقول: إن أردتم بقولكم: المصاهرة نعمة، أن نفس المصاهرة نعمة، فهذا مسلم، فإنها من أعظم النعم، إلا أن هذا لا يفيدكم؛ لأننا لم نقل: إن الزنى يوجب المصاهرة، بل قلنا: إن الزنى يوجب حرمة المصاهرة.

وإن أردتم بقولكم: المصاهرة نعمة، أن حرمة المصاهرة نعمة، فهذا غير مسلم؛ فإن التحريم تضييق ونقمة لا نعمة، والحرام سبب فى التضييق والنقم، كما قال الله - تعالى -: ﴿فَبِظُلْمٍ مِّنَ ٱلَّذِينَ هَادُوا۟ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ طَيِّبَٰتٍ أُحِلَّتْ لَهُمْ﴾ [النساء: ١٦٠] فقد بين الله - سبحانه وتعالى - أنه حرم عليهم الطيبات بسبب ظلمهم.

وأما الحنفية، ومن معهم، فقد استدلوا بالسنة، والمعقول.

أما السنة - فأولاً -: ما روى أن النبى ﷺ قال: «لَا يَنْظُرُ الله إِلَى رَجُلٍ نَظَرَ إِلَى فَرْجِ امْرَأَةٍ =

. . . .

= وَابْنَتِهَا».

ووجه الدلالة من الحديث: أن النبى ﷺ أخبر أن الله لا ينظر إلى من نظر إلى فرج امرأة وابنتها، وهو عام فى كل نظر، سواء أكان حلالًا أو حرامًا.

وثانيًا: ما روى أن النبى ﷺ قال: «مَلْعُونٌ مَنْ نَظَرَ إِلَى فَرْجِ امْرَأَةٍ وَابْنَتِهَا».

ووجه الدلالة من الحديث: أنه لو لم يكن النظر إلى فرج الأم محرِّمًا للنظر إلى فرج ابنتها لما استحق عليه اللعن الذى هو الطرد والإبعاد من رحمة الله، وإذا ثبتت الحرمة بالنظرة؛ فثبوتها بالوطء أولى.

وأما المعقول: فقد استدلوا على ثبوت حرمة المصاهرة بالزنى بقياس الوطء الحرام على الوطء الحلال؛ بجامع أن كلا سبب فى إيجاد الولد، وَعدُّوا الحكم - وهو ثبوت حرمة المصاهرة - من الأصل؛ وهو الوطء الحلال، إلى الفرع: وهو الوطء الحرام؛ فيثبت له حكم الأصل، وهو ثبوت حرمة المصاهرة به، وقالوا: إن وصف الحل فى الأصل لاغٍ لا دخل له فى الحكم.

وقد نوقشت هذه الأدلة بما يأتى:

أما الأحاديث، فقد قيل لهم فيها: إنها تحمل على النظر فى النكاح المستند للعقد، ولا تتناول النظر بالزنى، ولكن ترد هذه المناقشة بأن النظر - هنا - عام فى كل نظر، سواء أكان مستندا لنكاح أم لا، والاحتياط فى الفروج يقضى بذلك.

وقيل لهم فى المعقول: لا نسلم تعدية الحكم، وهو ثبوت حرمة المصاهرة من الأصل إلى الفرع؛ فإن هذا إنما يتم لو قلنا: إن وصف الحل فى الأصل لاغٍ لا دخل له فى الحكم، ولكننا لا نقول بذلك، بل نعتبر وصف الحل فى المناط.

وترد هذه المناقشة من قبل الحنفية: بأننا لا نعتبر وصف الحل فى الأصل؛ فوصف الحل فى الأصل لاغ، ولا دخل له فى الحكم، ومناط الحكم هو أنه وطء سبب فى الولد.

والدليل على إلغائه: تخلف الحكم عنه فى كثير من المسائل، وذلك كوطء الأمة المشتركة، والمحبوسة، وجارية الابن، والمكاتبة، والحائض، والنفساء، والمنكوحة نكاحًا فاسدًا، والمشتراة شراء فاسدًا، وكوطء المحرم والصائم - فإن كل هذا الوطء حرام، ومع ذلك يكون من آثاره التحريم عندكم، فما ذلك إلا لأن العلة هى كونه سببًا للولد فقط، ولا اعتبار لكونه حلالًا أو حرامًا، وإلا لما وجد الحكم وهو التحريم مع خلوه من ذلك الوصف فى المسائل التى ذكرناها.

والنظر فى الأدلة يقضى بترجيح مذهب الحنفية ومن معهم، وهو أن الزنى ينشر الحرمة؛ كما ينشرها الوطء فى النكاح. وأنه لا يحل للرجل بأن يتزوج بمن زنى بها أبوه أو ابنه، خصوصًا أن النفس تأبى أن يفترش الإنسان امرأة يعلم أنه قد زنى بها أبوه أو ابنه.

ومن ناحية أخرى: فإن الرجل إذا علم أنه إذا زنى بامرأة ستحرم على أصوله وفصوله، فإن ذلك يردعه عن الزنى الذى يترتب عليه تحريمها على من ذكر؛ فيكون ذلك وسيلة لمنع الزنى.

فرع: هل تحرم بنت الزنى على أبيها أو لا؟

اختلف الفقهاء فى البنت من الزنى هل تحرم على أبيها أو لا تحرم:

فذهب جمهور الفقهاء - منهم الأئمة الثلاثة: مالك، وأبو حنيفة، وأحمد - إلى القول بأنه يحرم على الرجل أن يتزوج ابنته المتخلقة من مائه، وقالوا: إن نكاح البنت من الزنى من الأنكحة الفاسدة؛ لأنهم يشترطون فى صحة النكاح: ألا تكون المرأة متخلقة من ماء الزوج، مع قطع النظر عن كونها من نكاح أو زنى.

وذهب أصحابنا الشافعية إلى القول بأن بنت الزنى لا تحرم على أبيها وأنه إذا عقد عليها كان =

. . . .

= النكاح صحيحًا، وإن قالوا بكراهة نكاحها؛ للخروج من الخلاف.
قال ابن شهاب الدين الرملى: والمخلوقة من ماء زناه تحل له؛ لأنها أجنبية عنه إذ لا يثبت لها توارث ولا غيره من أحكام النسب، وإن أخبره صادق كعيسى ﷺ وقت نزوله بأنها من مائه؛ لأن الشرع قطع نسبها عنه، فلا نظر لكونها من ماء سفاح، نعم يكره له نكاحها خروجًا من الخلاف.
وقد استدل أصحابنا الشافعية بأن: بنت الزنى أجنبية عن الزانى؛ إذ لو كانت بنتًا للزانى، لثبت لها الميراث، وغيره من أحكام النسب من ثبوت الولاية له عليها، ووجوب حضانتها ونفقتها، فلما لم يثبت شىء من ذلك، علمنا انتفاء البنتية، وأنها أجنبية فلا تدخل فى آية التحريم، وتبقى داخلة فى قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤].
ثانيًا: تمسكوا بقول النبى ﷺ: «الوَلَدُ للْفِرَاشِ، ولِلْعَاهِرِ الحَجَرُ».
ووجه الدلالة من هذا الحديث: أن النبى ﷺ أخبر أن الولد للفراش، وهذا يقتضى حصر النسب فى الفراش، فلو كانت بنت الزنى بنتًا للزانى، لبطل الحصر، وهو منتف؛ لوقوعه فى خبر الرسول.
وقد نوقش الدليل الأول: بأن قولكم: إن بنت الزنى أجنبية عن الزانى غير صحيح؛ فإنها مخلوقة من مائه، فهى كالبنت من النكاح؛ إذ لا معنى لكونها بنته إلا لأنها مخلوقة من مائه.
وقولكم: لو كانت بنته لثبت لها الميراث وغيره، لا يفيد؛ فإن تخلف بعض الأحكام لا ينفى كونها بنتًا له.
ومما يؤيد ذلك: أنه إذا كان ولده كافرًا لا يرثه، ومع ذلك لا يمكن أن يقال: إنه أجنبى عنه؛ فكذلك الحال فى البنت من الزنى.
ويقال فى الدليل الثانى: إن قولكم: إن الحديث يقتضى حصر النسب فى الفراش، مسلم، ولكن نقول لكم: إن النسب الذى اقتضى الحديث حصره فى الفراش هو النسب الشرعى، الذى تترتب عليه أحكام الشرع من التوارث وغيره، وهذا لا يدل على النسب الحقيقى نفسه فى غير الفراش؛ يؤيد ذلك أنه يحرم على الرجل أن يتزوج بنته من الرضاعة، ومع ذلك فهى ليست من الفراش فى شىء.
وأما الجمهور فقد استدلوا على حرمة نكاح البنت من الزنى بالكتاب، والمعقول:
أما الكتاب: فقوله - تعالى -: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] الآية.
ووجه الدلالة من هذه الآية الكريمة: أنها نصت على تحريم كل بنت مضافة إلى المخاطبين، ومما لا شك فيه أن بنت الزنى بنته؛ لأنها أنثى مخلوقة من مائه، وهذه حقيقة لا تختلف بالحل والحرمة؛ ومما يدل على ذلك قوله ﷺ فى شأن امرأة هلال بن أمية: «انظُرُوهُ - يعنى: ولدها - فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ عَلَى صِفَةِ كَذَا فَهُوَ لِشَرِيكِ بْنِ سَحمَاء» يعنى: الزانى.
وأما المعقول فقد قالوا: إن هذه البنت مخلوقة من مائه، فهى بضعة منه فلا تحل له؛ كما لا تحل له ابنته من النكاح.
والذى يتبين لنا بعد بيان الأدلة، ومناقشة أدلة أصحابنا الشافعية: أن مذهب الجمهور هو المذهب الراجح الذى يجب المصير إليه نزولًا على موجب الأدلة، ولا سيما أننا نجد الشريعة الإسلامية تحرم البنت من الرضاع؛ وذلك تحاشيًا عن أن يستفرش الإنسان نفسه، ويستمتع بجزئه، والمعنى الذى أوجب الشارع به تحريم البنت من الرضاع موجود فى البنت من الزنى، بل الظاهر أن البنت من الزنى أولى بالتحريم من البنت من الرضاع؛ وذلك لأن حقيقة الجزئية ثابتة فيها قطعًا؛ لأنها مخلوقة من مائه، أما البنت من الرضاع، فإنها حرمت بشبهة الجزئية، فإذا ثبت التحريم مع شبهة الجزئية، فثبوته مع الجزئية المحققة أولى، خصوصًا أن أصحابنا الشافعية قد وافقوا غيرهم فى القول بأنه يحرم على =

ويحرم ابن[١] الزنى على أُمه وتحرم عليه وكذا سائر المحارم من جهتها، وهو مفهوم من قوله: «فى جهة الأب»، ولا يحرم ما عدا هؤلاء، ويأتى فى الرضاع ما يأتى فى النسب، فيحرم على الرضيع أُمه من الرضاع وأصولها وفصولها ويحرم هو عليهن.

ويحرم على الرضيعة أبوها من الرضاع وأصوله وفصوله وتحرم هى عليهم.

وكذلك الحكم فى العمات والخالات ففى الحديث الصحيح: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[٢].

وقد استدركوا أربع صور تحرم فى النسب ولا تحرم فى الرضاع وهى.

أن أم أخى[٣] الرضيع لا تحرم عليه، وأنه لا يحرم على أبى الرضيع أم حفيده ولا جدة ابنه [ولا أخيه][٤] ولا أخته، ورد المحققون هذا الاستدراك وسيأتى بيانه عقيبها.

وذكر فى «الحاوى» ضابطًا آخر فيمن يحرم بالنسب فقال: «يحرم غير ولد العمومة والخئولة، على معنى أن كل أخت لوالدك من قبل الأب أو الأم وإن علت تسمى عمة، وأن كل أخت لوالدةٍ لك من قبلهما وإن علت خالة.

وقوله فى الحاوى: «وحرم من النسب والرضاع...» إلى قوله «فى الرضاع»، فيه أمران:

أحدهما: قوله: كالمنفية لا ولد الزنى على الأب.

قال شراحه: «كالمنفية لا ولد الزنى على الأب» متعلق بالمسألتين، وقد علمت أن حرمة المنفية باللعان لا تختص بالأب بل تتعدى إلى سائر المحارم من جهته أيضًا كتعدى كل من قبل الأم إلى بنت الزنى.

الثانى: أنه استثنى أم الأخ والحفدة وجدة الولد وأخته من الرضاع، بمعنى أن هؤلاء

= المرأة أن تتزوج بولدها من الزنى، وعللوا ذلك بأنه بعضها، وانفصل منها إنسانًا، بخلاف البنت من الزنى؛ لأنها انفصلت منه منيًا، فإن تعليلهم هذا لا يفيدهم سوى أن البعضية فى ابن المرأة من الزنى أظهر منها فى البنت من الزنى، ولكنه لا يفيد نفى البعضية عن البنت من الزنى؛ فقد اعترفوا بأنها مخلوقة من مائه، فإنكار وجود الجزئية فى مسألة دون مسألة لا يصح .

من أجل هذا كله نجد أن ابن القيم يشنع على تجويز نكاح البنت من الزنى مع كونها بعض الزانى مع تحريم المرضعة من لبن امرأته؛ لكون اللبن ثابتًا بوطئه، فقد صار فيه - أى فى اللبن - جزءٌ منه، فعجبًا كيف انتهض هذا الجزء اليسير سببا للتحريم، ثم يباح له وطء ابنته من الزنى، وهى جزؤه وسلالته؟! فلا بد من اعتبار الحقيقة هاهنا.

(١) فى ط: ولد.

(٢) أخرجه البخارى (٥١٠٣) ومسلم (٩/ ١٤٤٤).

(٣) فى ط: أخت.

(٤) سقط فى ط.

يحرمن فى النسب ولا يحرمن فى الرضاع.

قال النووى فى «الروضة»: قال المحققون: لا حاجة إلى استثنائها؛ لأنها ليست داخلة فى الضابط؛ ولهذا لم يستثنها الشافعى والجمهور ولا استثنيت فى الحديث الصحيح: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» ؛ لأن أم الأخ من النسب لم تحرم؛ لكونها أم أخ وإنما حرمت لكونها أما أو حليلة أب، وكذلك أم الحفدة - وهو ولد الولد - لم تحرم؛ لكونها أم ولد الولد، وإنما حرمت لكونها بنتك أو حليلة ابنك، وكذلك جدة ولدك فى النسب حرام؛ لكونها أمك أو أم زوجتك، لا لكونها جدة ولدك.

وكذلك أخت ولدك فى النسب حرام لكونها ابنتك أو ربيبتك، لا لكونها أخت ولدك، وذلك لا يوجد فى الرضاع.

وقوله: «وكزوجة موطوءة بملك فى نسب وصهر وبشبهته فيهما، وفى عدة وبشبهتها فى مهر».

أى: والموطوءة بملك اليمين يثبت بها ما يثبت بالزوجية من حرمة المصاهرة فتحرم على أبى الواطئ وابنه.

وتحرم عليه أمهاتها وبناتها والجمع بينها وبين أختها فى الوطء، وبوطئها يلحق النسب.

وأما مجرد الملك فلا يثبت المصاهرة ولا يلحق به النسب بخلاف مجرد النكاح، وإنما يثبت به الاستبراء.

وكذلك يثبت النسب والمصاهرة بوطء الشبهة وتجب به أيضًا العدة، كما فى النكاح فيثبت بهما الثلاثة، ولا يثبت بالوطء فى الملك إلا النسب والمصاهرة دون العدة.

ولا يشترط أن يكون الشبهة عليهما جميعًا بل يثبت ذلك بشبهة الواطئ، والضمير فى قوله «بشبهته» يعود إلى الواطئ لا إلى الملك، فإن وطئها الرجل زانيًا وهى تظنه زوجها لم يثبت شىء مما ذكرناه.

نعم يثبت لها مهر المثل فى ذمة الواطئ وهو المراد بقوله: «وبشبهتها فى مهر».

وقوله فى «الحاوى»: «كما فى العدة والنسب»، ليس على إطلاقه فإن الموطوءة بالملك لا تساوى الزوجة فى العدة وإنما تساويها فيها الموطوءة بالشبهة.

وأيضًا: الموطوءة بالشبهة لا تساوى الموطوءة بالملك فى تحريم الخلوة ببنتها وأمها.

وقوله: «وحرم محصور اشتبه به محرم، وجمع خَمْس ولعبد ثلاث، وبعقد بطل لا وبه أختان بل فيهما».

أى: وإذا علمت أن لك محرمًا من نسب أو رضاع بين نسوة محصورات ولم تميزها

منهن فإن الجميع يحرمن عليك، فإن اشتبهت بجمع غير محصور: كنساء بلد، لم يحرم عليك النكاح منهن كما إذا ذبحت شاة مغصوبة فى بلد، لا يحرم اللحم.

ويحرم على الحر جمع خمس نسوة[1]؛ للحديث: ....

---

(١) اتفق المسلمون على أنه يجوز للحر أن يتزوج أربعا من النساء؛ إذا لم يخف عدم العدل، وسندُ الإجماع قوله - تعالى -: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾ [النساء: ٣] والمعنى اثنتين اثنتين، وثلاثًا ثلاثًا وأربعًا أربعًا.

واختلفوا فى العبيد، وفيما فوق الأربع:

فأما العبيد فقال الإمام الشافعى: العبد على النصف من الحر؛ فلا يجوز له أن يتزوج إلا اثنتين، ويجمع بينهما؛ كالطلاق؛ فإنه على النصف فيه من الحر، فله طلقتان فقط فى الزوجة؛ لأن الطلاق لا يتنصف، وذهب إلى أن الخطاب فى الآية، وهى قوله - تعالى -: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾ [النساء: ٣] غير متناول للعبيد؛ لأنه إنما يتناول إنسانًا متى طابت نفسه إلى امرأة قدر على نكاحها، والعبد ليس كذلك؛ لأنه لا يجوز له النكاح إلا بإذن مولاه؛ لقوله ﷺ: «أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر».

ولأن فى تنفيذ نكاحه تعيُبا له؛ لأن النكاح عيب فيه؛ فلا يملكه بدون إذن المولى.

وأيضا قوله - تعالى - بعد هذه الآية: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُواْ فَوَٰحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٣] لا يمكن دخول العبيد فى هذا الخطاب؛ لأنهم لا يملكون، وحيث إنهم لم يدخلوا فى هذا الخطاب، فلا يدخلون فى الخطاب الأول؛ لأن هذه الخطابات وردت متتالية على نسق واحد، ويبعد أن يدخل فى الخطاب السابق ما لا يدخل فى الخطاب اللاحق.

وأيضا: فالعبد غير داخل فى قوله - تعالى -: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾ [النساء: ٤] ؛ لأنه لا يأكل ما طابت عنه نفس زوجه، وإنما هو لسيده.

وإلى هذا ذهب أبو حنيفة، رضى الله عنه.

وقال مالك - رضى الله عنه -: يجوز للعبد أن يتزوج بأربع من النساء كالحر؛ لأن النكاح من باب العبادات يسوى فيه بين الأحرار والعبيد، والخطاب فى الآية الكريمة متناول لهم.

وقال أهل الظاهر - أيضا - بالتسوية بين الأحرار والعبيد، فأباحوا للعبد أن يتزوج بأربع من النساء.

وبعض الفقهاء ادعى أن ظاهر قوله - تعالى -: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٣]، يتناول العبيد إلا أنه خصص هذا العموم بالقياس؛ لأن الرق له تأثير فى نقصان حقوق النكاح كالطلاق والعدة، ولما كان العدد من حقوق النكاح، وجب أن يجعل له نصف ما للحر.

فيكون سبب الخلاف: هل العبودية لها تأثير فى إسقاط هذا العدد، كما لها تأثير فى إسقاط نصف الحد الواجب على الحر فى الزنى؟ وكذلك فى الطلاق عند من رأى ذلك، وذلك أن المسلمين اتفقوا على أن حد العبد على النصف من حد الحر، واختلفوا فى غير ذلك.

وكما اختلف الفقهاء فى العدد الذى يجوز للعبد الجمع بينه اختلفوا أيضا فى الزائد على الأربع:

فذهب الجمهور إلى أنه لا يجوز للرجل أن يتزوج خامسة؛ لقوله - تعالى -: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾ [النساء: ٣].

وجه تمسك الجمهور بهذه الآية الكريمة: أنها تدل على أنه يجوز للرجل أن يتزوج بامرأتين أو بثلاث أو بأربع فقط لا أزيد من ذلك، وقالوا: إن هذه الآية تفيد الحصر، واستدلوا على ذلك بأمرين:

=

. . . .

= الأول: الحديث، وهو ما روى عن النبى ﷺ أنه قال لغيلان لما أسلم وتحته عشر نسوة: «أمسِكْ أربعا وفارق سائرهن».

الأمر الثانى: أن فقهاء الأمصار أجمعوا على أنه لا تجوز الزيادة على الأربع، ورد على هذا بأن القرآن دل على عدم الحصر، فلو كان الإجماع يدل على الحصر فى هذه الآية، لكان ناسخا لها، والإجماع لا ينسخ القرآن.

وأيضا: فإن قوما شذوا، لا يقولون بحرمة الزيادة على أربع، والإجماع لا ينعقد عند مخالفة الواحد والاثنين.

والجواب عن الأول: أن الإجماع لا ينسخ بنفسه، وإنما يكشف عن الناسخ فى زمن الرسول ﷺ.

والجواب عن الثانى: أن مخالف هذا من أهل البدع؛ فلا اعتبار لمخالفته.

وذهب قوم إلى أنه يجوز للرجل أن يتزوج بأى عدد شاء إلى تسع، وبعضهم إلى أزيد من ذلك.

واحتجوا بالقرآن والخبر:

أما بالقرآن: فقد تمسكوا بقوله - تعالى -: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾ [النساء: ٣] من ثلاثة أوجه:

الأول: أن هذه الآية مطلقة فى جميع الأعداد، بدليل أنه لا عدد إلا ويصح الاستثناء منه، وحكم الاستثناء إخراج ما لولاه لكان داخلا.

الثانى: أن قوله - تعالى -: ﴿مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾ [النساء: ٣] لا يصلح تخصيصا لذلك العموم؛ لأن تخصيص بعض الأعداد بالذكر لا ينفى ثبوت الحكم فى الباقى، بل إن ذكر هذه الأعداد يدل على رفع الحرج والحجر مطلقا؛ ألا ترى أن الإنسان إذا قال لولده: افعل ما شئت: اذهب إلى السوق، وإلى المدينة، وإلى البستان - كان ذلك تنصيصا فى تفويض زمام الخيرة إليه مطلقا، ورفع الحرج والحجر عنه مطلقا، ولا يكون ذلك تخصيصا للابن بتلك الأشياء المذكورة، بل يكون إذنا فى المذكور وغيره؟! فكذا هاهنا.

وأيضا: ذكر جميع الأعداد متعذر، فذكر بعض الأعداد بعد قوله: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٣] تنبيه على حصول الإذن فى جميع الأعداد.

الثالث: أن الواو لمطلق الجمع، فقوله - تعالى - ﴿مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾ [النساء: ٣] يفيد حل هذا المجموع وهو تسعة، بل يفيد ثمانى عشرة؛ لأن معنى قوله: مثنى . . . إلخ: اثنتين اثنتين، وثلاثا ثلاثا، وأربعًا أربعًا.

وأما الخبر فمن وجهين:

الأول: ثبت بالتواتر أنه ﷺ مات عن تسع، وقد أمرنا الله باتباعه، فقال: ﴿فَٱتَّبِعُوهُ﴾ [الأنعام: ١٥٣]، وأقل مراتب الأمر: الإباحة.

الثانى: أن سنة الرجل طريقته، والتزوج بالأكثر من الأربع طريقة الرسول ﷺ فكان ذلك سنة له، ثم إنه ﷺ قال: «من رغب عن سنتى فليس منى».

وجه الدلالة: أن ظاهر هذا الحديث يقتضى توجه الذم على من ترك التزوج بالأكثر من الأربع؛ فلا أقل من أن يثبت أصل الجواز.

وهذا كله مدفوع بما ذكره الجمهور، وأن عمدتهم فى إفادة الآية للحصر هو حديث غيلان، وإجماع فقهاء الأمصار على أن الزيادة فوق الأربع لا تجوز.

وهذا الاتساع وإباحة أن يتزوج الرجل أربع نسوة إذا لم يخف الميل، وعدم العدل بين =

أن نوفل بن معاوية أسلم وتحته خمس فأمره ﷺ أن يمسك أربعًا ويفارق الأخرى[١].

ويحرم على العبد أن يجمع ثلاثا؛ لقول جماعة من الصحابة أنه لا يزيد على اثنتين، ولم يعرف لهم مخالف.

فإن جمع الحر الخمس والعبد الثلاث فى عقد بطل فى الجميع؛ لأنه ليس إحداهن به بأولى من الأخرى.

نعم لو كان فيهن أختان تعينتا للبطلان وصح فيمن بقى، بناء على المذهب فى جواز تفريق الصفقة.

وقوله: «وامرأة مع أخت أو عمة أو خالة فى نكاح ووطء ملك، فإن بَانَت الأولى أو مَلَكَهَا أو حرمت بتمليك أو تزويج أو كتابة حلت الأخرى».

أى: ويحرم على الرجل أن يجمع بين امرأة وأختها أو عمتها، أو خالتها فى نكاح واحد[٢].

= الزوجات، فإن خاف عدم العدل، أو تيقن الجور والظلم لبعض نسائه، وعدم التسوية فى القسم فى المبيت بينهن - وجب عليه الاقتصار على واحدة من النساء أو التسرى بما ملكت يمينه، فهو مخير بين أن يتزوج بواحدة فقط، وبين أن يتسرى بأمة أو أكثر مما ملكت يمينه؛ لقوله - تعالى -: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلَّا تَعُولُوا﴾ [النساء: ٣].

(١) أخرجه الشافعى (٤٤-ترتيب المسند).

(٢) يشير بذلك إلى الحديث الذى أخرجه البخارى (٥١٠٩) ومسلم (٣٣/١٤٠٨) عن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها».

واتفقوا على تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها؛ لثبوت ذلك عن النبى ﷺ من حديث أبى هريرة، وتواتره عنه، عليه الصلاة والسلام.

قال البخارى: حدثنا عبد الله بن يوسف، أخبرنا مالك عن أبى الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة - رضى الله عنه -: أن رسول الله ﷺ قال: «لا يُجمع بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة وخالتها».

وعنه أيضا: حدثنا عبدان، أخبرنا عبد الله، قال: أخبرنى يونس عن الزهرى، قال: حدثنى قبيصة بن ذؤيب أنه سمع أبا هريرة يقول: نهى النبى ﷺ أن تنكح المرأة على عمتها، والمرأة على خالتها. واتفقوا على أن العمة هاهنا عبارة عن كل امرأة هى أخت لذكر له عليك ولادة إما بنفسه أو بوساطة ذكر آخر، وأن الخالة هى كل امرأة هى أخت لكل امرأة لها عليك ولادة إما بنفسها أو بوساطة أنثى غيرها.

واختلفوا: هل هذا من باب الخاص الذى أريد به الخاص؟ أو من باب الخاص الذى أريد به العام؟

والذين ذهبوا إلى أنه من باب الخاص الذى أريد به العام، اختلفوا: أى عام هو المقصود به؟

فقال قوم - وهو الأكثر، وعليه الجمهور من فقهاء الأمصار -: هو خاص أريد به الخصوص، وإن التحريم لا يتعدى إلى غير من نص عليه.

وقال قوم: هو خاص أريد به العموم، وهو الجمع بين كل امرأتين بينهما رحم محرمة أو غير محرمة؛ فلا يجوز عندهم الجمع بين ابنتى عمة أو خالة، ولا بين ابنتى خال أو خالة، ولا بين المرأة =

فإن عقد عليهما معا بطل العقد فيهما، أو مرتبًا بطل فى الثانية، وكذلك الوطء بملك اليمين محّرم، فإذا ملك أختين مثلاً ثم وطئ إحداهما حرم عليه وطء الأخرى، نعم إذا طلق الزوجة بائنًا، جاز له أن يتزوج أختها أو عمتها أو خالتها.

وكذلك إذا كانت أمة فابتاعها أو اتهبها وقبض بالإذن، جاز له أن يتزوج أختها الحرة؛ لأنه إذا ملكها انفسخ نكاحها.

وكذلك الموطوءة بالملك إذا حرمت عليه بزوال الملك بأن باعها أو وهبها وأقبض جاز

= وبنت عمها أو بنت عمتها، ولا بينها وبين بنت خالتها.

وقال قوم: إنما يحرم الجمع بين كل امرأتين بينهما قرابة محترمة، أعنى: لو كانت إحداهما ذكرا والأخرى أنثى - لم يجز لهما أن يتناكحا.

ومن هؤلاء من اشترط فى هذا المعنى أن يعتبر هذا من الطرفين جميعا، بحيث لو قدرت واحدة منهما ذكرا والأخرى أنثى لم يجز لهما أن يتناكحا، فهؤلاء لا يجوز الجمع بينهما، وأما لو قدر فى أحد الطرفين ذكر يحرم التزويج، ولم يحرم من الطرف الآخر - فإن الجمع بينهما يجوز، وذلك مثل الجمع بين امرأة الرجل وابنته من غيرها، فإننا لو قدرنا البنت ذكرا لم يحل له نكاح المرأة؛ لأنها زوج أبيه، ولو فرضنا المرأة ذكرا حل لها نكاح ابنة الزوج؛ لأنها ابنة لرجل أجنبى. وكالجمع بين المرأة وأمتها؛ لأنه لو قدرت المرأة ذكرا جاز له وطء أمته بالملك، بخلاف لو قدرت الأمة ذكرا فإنه لا يجوز له أن ينكح سيدته؛ فيكون الجمع بينهما جائزا. وكالجمع بين المرأة وأم زوجها فإنه لو قدرنا أم الزوج ذكرا امتنع عليه أن يتزوج امرأة ابنه؛ ولو فرضنا المرأة التى هى الزوج ذكرًا جاز أن يتزوج الأم؛ لأنها تكون فى هذه الحالة أم رجل أجنبى، وهذا القانون اختاره أصحاب مالك، ونظم الأجهورى من يجوز جمعها ممن يتوهم فيه منعه، فقال:

وجمع مرأة وأم البعل ... أو بنته أو رِقُّها ذو حِلٌ

فضابط امتناع الجمع: حرمة النكاح بتقدير الذكورة لإحداهما من الجانبين، لا من جانب واحد، كما فى هذه الصور الثلاث؛ فإن الجمع فيها جائز .

قال صاحب البيان: ويجوز أن يجمع بين المرأة وبين زوجة أبيها؛ لأنه لا قرابة بينهما ولا رضاع.

وكذلك إذا تزوج رجل له ابنةٌ امرأةً لها ابنة، فيجوز لآخر أن يجمع بين ابنة الزوج وابنة الزوجة؛ لأنه إذا جاز أن يجمع بين بنته وامرأته، فَلأَنْ يجوز أن يجمع بين ابنته وابنة امرأته أولى.

ويجوز أن يجمع بين المرأة وبين ابنة ضرتها؛ لأنه لا قرابة بينهما ولا رضاع.

وإن تزوج رجل له ابن بامرأة لها ابنة، جاز لابن الزوج أن يتزوج بابنة الزوجة؛ لما روى: أن رجلًا له ابن تزوج امرأة لها ابنة، ففجر الغلام بالصبية، فسألهما عمر - رضى الله عنه وأرضاه - فاعترفا؛ فجلدهما، وحرص أن يجمع بينهما؛ فأبى الغلام، ولأنه لا نسب بينهما ولا رضاع.

فإن قيل: أليس الرجل لو أولد من المرأة ولدًا، كان أخًا أو أختًا لولديهما، فكيف يجوز له أن يتزوج بأخت أخيه؟

قلنا: إنما لا يجوز له التزوج بأخت نفسه، فأما بأخت أخيه أو أخته: فلا يمنع منه، فإن رزق كل واحد منهما ولدًا من امرأته، كان ولد الأب عمّ ولد الابن وخاله.

وإن تزوج بامرأة وتزوج ابنه بأمها، جاز؛ لأن أمها مُحرمة على أبيه دونه، فإن رزق كل واحد منهما ولدًا، كان ولد الأب عم ولد الابن، وولد الابن خال ولد الأب.

له أن يطأ أختها.

وكذلك إذا زوجها أو كاتبها، ولا يكفى أن تحرم عليه بإحرام أو حيض ولا أن رهنها على الأصح.

ولا يكفى أن يطلق الزوج طلاقًا رجعيًا.

وقوله فى «الحاوى»: «وثنتين أيّة فرضت ذكرًا بينهما محرم فى النكاح والوطء بالملك» احترز بذلك من جمع المرأة وأم زوجها أو بنته فإنه يجوز؛ لأنه ليس كل منهما إذا فرضت ذكرًا كانت الأخرى محرمًا عليه، بل أحدهما يتصور فيه ذلك.

وهذا ضابط أورده الرافعى مستغنيا به عن ضوابط ذكرها عن الأصحاب، فقال: يستغنى عنها بأن[1] يقال: أيّة فرضت ذكرًا حرم عليه نكاح الأخرى.

وهذا الذى ذكره منتقض - كما قال الإسنوى - بجمع المرأة وأمتها فإنك إذا فرضت المرأة ذكرا لم يجز له أن ينكح أمته، وإن فرضت الأمة ذكرا لم يجز له أن ينكح سيدته.

وقوله: «ومطلقة بالثالثة ومن عبد بالثانية وإن رَقَّ عندها لا إن علقها بعتقه حتى تنكح ويولج قدر حشفة بانتشار أهل».

أى: وحرمت المطلقة بالطلقة الثالثة إن كان حرًا، وبالثانية إن كان عبدًا، على من طلقها حتى تنكح زوجًا غيره ويطأها.

ويكفى فى إثبات أحكام الوطء إيلاج الحشفة بالانتشار فى الفرج، فإن كانت مقطوعة كفى إيلاج قدرها.

وقيل: لا يكفى إلا الباقى.

وسواء طلقها ثلاثا قبل الدخول أو بعده، فى نكاح واحد أو أكثر.

ويشترط أن يكون الإيلاج مع انتشار الذكر، وسواء كان المولج حرًا أو عبدًا، عاقلا أو مجنونًا، مستيقظًا أو نائمًا؛ فإن النوم لا ينافى الانتشار.

ويشترط أن يكون الوطء والانتشار من أهل الوطء، فيكون انتشارًا من صبى يتأتى منه الوطء، لا من طفل لا يتأتى منه، على المذهب.

ولم يذكر هذا الشرط فى «الحاوى».

ويشترط أن يكون هذا الإيلاج فى نكاح، فلا يكفى فى الملك، ولا يجزئ وطء الشبهة؛ لقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

---

(١) فى أ: آية.

والنكاح إنما يطلق على النكاح الصحيح لا الفاسد، والاعتبار برق العبد عند الثانية.

فلو كان عند الأولى حرًا ثم رق عند الثانية، بأن كان ذميًا فعاد إلى دار الحرب واسترق فطلقها، حرمت عليه.

ولو كان عبدًا فطلقها الثانية وهو حر لم تحرم عليه، بل لو علق العبد الطلقتين بعتقه فعتق لم تحصل البينونة الكبرى على الصحيح وبقى له طلقة؛ لأن الطلاق يترتب على العتق.

وقوله: «ومملوكة نكح نحو أُختها، ونكاح من له بها أو لمكاتبه بها ملك، وكذا لفرعه ابتداءً وهو حر وإن علق به عِتقَها قَبْله».

أى: ويحرم على الرجل مملوكته سواء كانت موطوءة أم لا إذا نكح أختها أو عمتها أو خالتها؛ لأن فراش النكاح أقوى من فراش الملك؛ لما يتعلق به من الأحكام كالطلاق، والظهار والإيلاء، واللعان، والإرث.

ويحرم على الرجل نكاح من له بها ملك وإن قل ما يملكه منها، بل لو ملك زوجته أو جزءًا منها انفسخ النكاح لقوة الملك؛ لأنه يملك به الرقبة والمنفعة، ولا يملك بالنكاح إلا المنفعة.

ولو ملكت زوجها انفسخ النكاح للتنافى؛ لأن النكاح يوجب عليها طاعته والملك يوجبها عليه، فأبطل الأقوى الأضعف.

فلو علق به عتقها قبله بأن قال لأمته: إن نكحتك، أو قال الفرع: إن نكحك[1] أبى فأنت حرة قبله، ثم تزوجها، قال بعض الأصحاب: يصح النكاح ويتبين العتق قبله، والمذهب البطلان؛ لأن وقت العقد لا يعلم أهى أمة أم حرة.

ويحرم نكاح من لمكاتبه فيها ملك أيضًا لشبهة الملك؛ لأنه لو استولدها صارت أم ولد له.

ويحرم عليه نكاح من لولده منها ملك وإن قل؛ لأن للأب شبهة الملك فى مال الابن لوجوب نفقته فيه وإعفافه. وثبوت الاستيلاد بوطء أمة ولده، هذا إذا كان الأب حرًا، فإن كان رقيقًا لم يحرم؛ لأنه لا شبهة له فى ماله، فلا يجب له فيه نفقة ولا إعفاف ولا يثبت استيلاده بوطء أمة ولده، وإنما يحرم عليه نكاحها ابتداء.

أما لو تزوج أمة أجنبى ثم ملكها ولده لم ينفسخ نكاحه، بخلاف ما لو ملكها مكاتبه فإنه

---

(١) فى ط: نكحت.

ينفسخ؛ لأن تعلق السيد بملك مال المكاتب أكثر من تعلقه بملك الولد، فقرب من حدوث ملك نفسه.

وأطلق فى «الحاوى» قوله: «ولولده». ولو قال: «لفرعه» لخصص ولد النسب دون الرضاع كما نبه عليه فى «الروضة»؛ لأن ولد الرضاع لا شبهة فى ماله للأب.

وقوله: وأمة لحر إلا لدفع عنت وعجز عن حرة ولو كتابية وبمحاباة لا رتقاء، ولا ببعد شَقٍّ ولا بزيادة ومؤجل وتفويض، ثُمَّ زاد لا إماء إلا بملك.

أى: ويحرم على الحر نكاح أمتين؛ لما فيه من استرقاق الولد، وإنما جوز الواحدة لخوف العنت مع العجز عن الحرة وبالواحدة يستغنى عن الأخرى، ويشترط أن تكون الأمة يمكن وطؤها، فإن كانت صغيرة أو رتقاء ونحوها لم يجز، وإليه الإشارة بقوله: «إلا لدفع عنت»، ولم يتعرض لذلك فى «الحاوى».

ولا يجوز أن يبتدئ نكاح أمة وتحته حرة، أو يقدر على نكاحها، وإن كانت كتابية، والتقييد بالمؤمنات فى قوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم﴾ [النساء: ٢٥] خرج مخرج الغالب.

وإذا وجد حرة مسامحة فى المهر لم يحل له نكاح الأمة؛ إذ لا تظهر المنة فى ذلك.

فإن قدر على نكاح حرة رتقاء أو ببعد شاق أو صغيرة أو مجنونة أو مجذومة، أو برصاء، فله نكاح الأمة.

فلو كانت هذه الحرة بعيدة[1] فهل له نكاح الأمة؟ وجهان، الأصح أن له نكاحها.

والمراد بالبعيدة أن تكون غائبة غيبة يخاف الفتنة قبل الوصول إليها، أو يلحقه فى الوصول إليها مشقة لا يحتمل مثلها فى النكاح.

فلو وجد العاجز حرة بمهر مؤجل لم يمتنع عليه نكاح الأمة، وإن توقع حصول القضاء لما فيه من شغل الذمة، وكذا إن وجد حرة بأكثر من مهر المثل على الأصح.

وكذا لو وجد مفوضة له نكاح الأمة؛ لأنه يفرض لها المهر وتشتغل ذمته.

ثم إذا قدر العاجز عن الحرة عليها، جاز له أن يتزوج الحرة والحرتين والثلاث، ولا ينفسخ نكاح الأمة.

ولا يجوز له أن يزيد أمة على أمة إلا بملك، فإنه لا يضر.

واعلم أنه قطع فى «الحاوى»، كما قال شراحه، بالوجه الذى يقول: إذا كان تحته حرة لا يحل له نكاح الأمة، وإن لم يتيسر الاستمتاع بها كالغائبة والرتقاء، ويجوز نكاحها إذا لم

(١) فى أ: تحته.

تكن الرتقاء والغائبة تحته وإن قدر على نكاحها.

والأصح عند صاحب المهذب، والقاضى حسين، والذى قطع به ابن الصباغ وطائفة من العراقيين، وصححه النووى فى المنهاج: أن له نكاح الأمة وهما تحته، ولم يصحح فى «الروضة» شيئًا.

وكذلك لا يحل له إذا كان لا يخاف العنت وهو الزنى إما لضعف شهوته أو لقوة تقواه أو مروءته أو بقدرته على قيمة أمة يتسرَّاها.

فلو ملك أمة لا تحل له، باعها واشترى بها أمة تحل له، ولا يكلف بيع مسكن وخادم على الأصح.

وقوله: «وصح فى حرة جُمعت وأمةً بمهر مثل كحِلّ وحَرَام، ولمبعض ورقيق جمعهما».

أى: وإذا جمع الحر بين حرة وأمة فى عقد واحد بمهر واحد بطل فى الأمة وصح فى الحرة بمهر المثل، كما إذا جمع بين من تحل له ومن لا تحل له كأخت وأجنبية ومسلمة ووثنية، فإنه يصح فيمن تحل بمهر المثل.

وأما الرقيق ومن بعضه رقيق، فإنه يجوز له أن يجمع بين الحرة والأمة فى عقد واحد أو عقدين، وليس للحر نكاح مبعضة بل لها حكم الرقيقة.

وقوله: «ولا تحل لمسلم كافرةٌ إلا حرة أو سُرِّيّة ممن علم تهوُّد أصله أو تنصره قبل تحريف ونسخ وفى إسرائيلية ألا يعلم دخولهم بعد النسخ».

أى: ويحرم على المسلم حرًّا كان أو عبدًا كل كافرة من وثنية ومجوسية ومرتدة.

وكذا من زعم التمسك بكتاب غير التوراة والإنجيل، فلا تحل من الكفرة إلا اليهودية والنصرانية، بشرط أن تكون إسرائيلية لا يعلم دخول آبائها بعد النسخ، أو غيرها ممن علم دخول آبائهم قبل التحريف والنسخ.

وليس مجرد التحريف مبطلاً للدخول، فإن من دخل بعد التحريف فى غير المحرف، كمن دخل قبل التحريف، بخلاف النسخ فإن مجرده مبطل، ويشترط أن تكون حرة فلا تحل نكاح الأمة الكتابية بحر ولا عبد مسلم.

نعم ويحل وطؤها بالملك؛ لأن الله تعالى اشترط فى نكاح الإماء الإسلام فقال: ﴿مِّن فَتَيَـٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ﴾ [النساء: ٢٥].

ويشترط ألا يكون أحد أبوى اليهودية أو النصرانية وثنيًّا ولا مجوسيًّا ونحوه، وألا تكون منتقلة من ملة إلى ملة أخرى، كما سيأتى.

وقوله فى «الحاوى»: «وإسرائيلية قبل النسخ»، فيه أمران:

أحدهما: أنه اشترط أن يعلم دخول آبائها قبل النسخ ولم يشترط الأصحاب ذلك، بل اكتفوا فى الإسرائيلية ألا يعلم دخول آبائها بعد النسخ.

والثانى: أن كلامه يقتضى أن دخول أصل الإسرائيلية بعد التحريف لا يمنع نكاحها، ولم يفرق الأصحاب بين النسخ والتحريف.

وقوله: «لا وثنى أب أو أم وقُرِّرَ، ولا منتقلة كصابئة، أو سامرة خالفت الأصول وتُهدر وتُبلغ مأمنًا».

أى: ولا تحل من اليهود والنصارى من أحد أبويها وثنى أو مجوسى؛ تغليبًا للتحريم، لكن هؤلاء يقرَّرون بالجزية احتياطًا للدم.

ولا يحل نكاح منتقلة من ملة إلى ملة أخرى غير الإسلام، سواء كانت الملة ممن يقر أهلها عليها أم لا، كيهودية تنصرت أو تمجست أو توثنت.

وكذا بالعكس، وتكون كالمرتدة تهدر لكن تلحق بمأمنها.

وكذلك الصابئة[1] وهى فرقة من النصارى، والسامرة[2] فرقة من اليهود.

---

(١) اضطربت أقوال العلماء فيهم؛ فَأَقْرَبُها: ما حكاه الإمام «الجصاص» فى تفسير «أحكام القرآن الكريم»، قال: «الصابئون»- الذين يعرفون بهذا الاسم فى هذا الوقت - ليس فيهم أهل كتاب، وأصل اعتقادهم: تعظيم الكواكب السبعة، وعبادتها، واتخاذها آلهة. وهم عبدة أوثان فى الأصل، إلا أنه- منذ ظهر الفرس على إقليم العراق، وأزالوا مملكة الصابئين، وكانوا نبطا -لم يجسروا على عبادة الأوثان ظاهرا؛ لأنهم منعوهم من ذلك.

وكذلك الروم، وأهل الشام والجزيرة كانوا صابئين، فلما تنصر قسطنطين، حملهم بالسيف على الدخول فى النصرانية، فبطلت عبادة الأوثان من ذلك الوقت، ودخلوا فى غمار النصارى فى الظاهر، وبقى كثير منهم على تلك النحلة مُسْتَخْفِينَ بعبادة الأوثان.

فلما ظهر الإسلام، دخلوا فى جملة النصارى، ولم يميز المسلمون بينهم وبين النصارى؛ إذ كانوا كاتمين لاعتقادهم، مُسْتَخْفِينَ بعبادة الأوثان.

ومن الكلام السابق: نلمح أن هذه الفرقة أصلها عبدة أوثان، ثم كتمت وثنيتها؛ تَقِيَّةً، وأظهرت التمسك بالنصرانية؛ خوفاً من القتل، واضطرت لذلك؛ إبقاء على نفسها.

وقد وردت عن السلف أقوال أخرى فى مذهبهم، نورد أهمها:

فروى عن مجاهد، وعطاء: أنهم قوم لا دين لهم. وعن قتادة، والحسن: أنهم قوم يعبدون الملائكة.

وعن جماعة آخرين: أنهم قوم يعبدون الكواكب؛ وانقسم هؤلاء إلى فريقين: فريق يقول: إن خالق العالم هو الله - سبحانه وتعالى - إلا أنه أمر بتعظيم هذه الكواكب، واتخاذها قبلة للدعاء.

وفريق آخر، قال: إن الله سبحانه هو الخالق لهذه الكواكب، وهى مع ذلك المدبرة لما فى العالم، من خير وشر، وصحة ومرض، بل إنها الخالقة لها، فوجب على البشر - لهذا - تعظيمها.

(٢) قوله: (السامرة): هؤلاء قوم يسكنون بيت المقدس وقرايا من أعمال مصر يتقشفون فى الطهارة أكثر =

فمن خالف منهم أصول صحابه كالصابئة، منهم فرقة تعبد الكواكب السبعة وتنفى الصانع، فهؤلاء تهدر دماؤهم، فلا يناكَحُون.

ومن وافق منهم أصولهم ناكحناه، وإذا شككنا فى مخالفتهم لأصولهم لم نناكحهم[1].

= من تقشف سائر اليهود، أثبتوا نبوة موسى وهارون ويوشع بن نون عليهم السلام وأنكروا نبوة من بعدهم رأسا إلا نبيا واحدا وقالوا التوراة ما بشرت إلا بنبى واحد يأتى من بعد موسى يصدق ما بين يديه من التوراة ويحكم بحكمها ولا يخالفها ألبتة وظهر فى السامرة رجل يقال له الألفان ادعى النبوة وزعم أنه هو الذى بشر به موسى وأنه هو الكوكب الذي ورد فى التوراة أنه يضىء ضوء القمر وكان ظهوره قبل المسيح عليه السلام بقريب من مائة سنة.

(١) إن كان الصابئة يوافقون أهل الكتاب فى أصل دينهم، ويخالفونهم فى الفروع - فهم منهم، تحل مناكحتهم.

وإن كانوا يخالفونهم فى أصل الدين، فلا تحل.

هذا مذهبنا، وإليه ذهب الحنابلة فى أحد قولين عندهم.

وذهبوا فى القول الآخر إلى جواز مناكحتهم متى كانوا يؤمنون بنبى، ويُقِرُّون بكتاب، وإلى هذا ذهب أبو حنيفة.

وذهب الصاحبان من الحنفية والمالكية إلى عدم جواز ذلك.

وحجة كل فريق كالتالى:

تمسك من قال بالحل: بأن الصابئة كأهل الكتاب إلا أنهم خالفوهم فى بعض الفروع؛ فلا يكون ذلك مانعا لهم من أخذهم حكمهم فى حل نسائهم، ولا تكون مخالفتهم مخرجة لهم من دائرتهم؛ فهم أشبه بأهل البدع من المسلمين، لم تكن بدعتهم مانعة لهم من صدق الإسلام عليهم، واعتبارهم مسلمين.

وتمسك القائل بالتحريم: بأنهم كالمشركين فى عبادتهم الأصنام، فتحرم نساؤهم؛ لأن المشركات محرمات بالنص.

واحتج المفصلون: بأن الصابئة إذا خالفوا أهل الكتاب فى الاعتقاد، كانوا مشركين؛ لتوحيد أهل الكتاب دونهم، فتحرم نساؤهم كالمشركين.

وأما إن خالفوهم فى الفروع دون الاعتقاد؛ فلا يضر ذلك فى أخذهم حكم أهل الكتاب فى حل النساء؛ إذ مخالفتهم غير معتبرة فى حق حكم التزوج؛ فإن شك فى أمرهم، غلب جانب الحرمة على جانب الحل؛ فتحرم نساؤهم؛ احتياطا فى حق الأبضاع.

وقد أجيب عن دليل القائلين بالتحريم: بأن الصابئة ما عظموا الكواكب واستقبلوها فى دعائهم وعبادتهم تعظيم عبادة لها، ولكن تعظيم احترام وإجلال، وليس هذا بمدخلهم فى الشرك، ومثلهم فى ذلك المسلمون فى تعظيم الكعبة، والاستقبال إليها عند الدعاء، لم يكن ذلك بمخرجهم عن دائرة الإسلام، واستظهر بعض الباحثين أن اختلاف الفقهاء هاهنا ليس باختلاف حقيقى؛ إذ يمكن أن نقول: إن الإمام أبا حنيفة قال بحل تزوج النساء الصابئات؛ بناء على ما ظهر له من حال فِرْقة وقف على أمرها كانت تقطن العراق، أما الفقهاء القائلون بالتحريم، فيمكن أن يقال: إنهم ذهبوا إلى ذلك؛ بناء على ما اطلعوا عليه من أمر فرقة أخرى توافق عبدة الأوثان، وقد يجوز أن يكون نقل إليهم شىء عن حالهم حكموا بناء عليه، ولا يبعد أن تلك الطائفة التى نقلت إليهم أو اطلعوا عليها تكون خلاف الطائفة التى عرفها الإمام أبو حنيفة.

ولو أنهم اطلعوا على طائفة واحدة لاتفق حكمهم فى الصابئة.

إذا ثبت هذا فقد قال صاحب البيان: فأما السامرة والصابئون: فقد قال الشافعى - رحمه الله - =

وقوله: «ويفسخه ردة وتأخر إسلام واحد لا كتابية ووقف على عدة إن وطئ».

أى: والنكاح قبل الدخول تفسخه الردة فى الحال.

وأما بعد الدخول فإن أسلم قبل انقضاء العدة فالنكاح بحاله، وإلا انفسخ بانقضائها.

وسواء ارتدا معًا أو أحدهما، ويحرم عليه وطؤها مدة التوقف، فإن وطئ فلا حد.

وإذا أسلم الزوجان معا استمر النكاح، وإن تأخر إسلام أحدهما انفسح نكاح غير المدخول بها، ووقف الفسخ فى الموطوءة على العدة.

نعم إن أسلم وتأخرت وهى كتابية لم ينفسخ نكاحها مطلقًا؛ لأن للمسلم نكاح الكتابية.

وقوله: «وصح من كفار نكاحنا ونكاحهم لا غصبًا فى ذميين فيثبت صهر وطلاق ومسمًّى ومهر مثل إلَّا لمفوضة يمنعونها وقسط نحو خمر ما قبض».

أى: وصح نكاح الكفار إذا أتوا بنكاحنا الصحيح وإن اعتقدوه فاسدًا.

وكذا إذا أتوا بنكاحهم الفاسد عندنا على الأصح سواء كان قولاً أو فعلاً كالغصب إذا اعتقدوه صحيحًا، إلا إذا غصب ذمى ذمية فإنه لا يكون نكاحًا؛ لأنه يلزمنا دفع بعضهم عن بعض.

= فى موضع: السامرة صنف من اليهود، والصابئون صنف من النصارى.

وتوقف الشافعى - رحمه الله - فى موضع آخر فى حكمهم.

فقال أبو إسحاق: إنما توقف الشافعى فى حكمهم قبل أن يتيقن أمرهم، فلما تيقن أمرهم، ألحقهم بهم.

وحكى: أن القاهر استفتى فى الصابئة، فأفتاه أبو سعيد الإصطخرى: أنهم ليسوا من أهل الكتاب؛ لأنهم يقولون: إن الفلك حى ناطق، وإن الأنجم السبعة آلهة، فأفتى بضرب رقابهم، فجمعهم القاهر ليقتلهم، فبذلوا له مالًا كثيرًا، فتركهم.

والمذهب: أنه ينظر فيهم: فإن كانوا يخالفون اليهود والنصارى فى أصول دينهم، فليسوا منهم، وإن كانوا يوافقونهم فى أصول دينهم ويخالفونهم فى الفروع، فهم منهم، كما أن المسلمين ملة واحدة؛ لاتفاقهم فى أصول الدين وإن اختلفوا فى الفروع.

وقال ابن الرفعة: وأما السامرة: فهل هم من اليهود، والصابئة من النصارى؟ فيهم أربع طرق:

- القطع بأنهم منهم.
- القطع بأنهم ليسوا منهم، وهو اختيار الإصطخرى.
- طرد القولين، نقلهما أبو على عن الخراسانيين.
- والمذهب الذى ذهب إليه جمهور الأصحاب: أنهم إن كانوا يخالفون اليهود والنصارى فى أصول الأديان، فليسوا منهم، وإن وافقوهم فى أصول الدين، وخالفوهم فى فروعهم، فهم منهم.

وقطع العراقيون بحل مناكحتهم إذا قلنا: إنهم منهم، وكذلك القاضى الحسين فى باب «عقد الذمة»، وتردد فيه الخراسانيون.

ووجه المنع: أنهم كالمبتدعة فى ديننا، ومبتدعة ديننا تحل مناكحتهم؛ لأمور سمعية منعتنا من ذلك هى مفقودة فى حقهم.

وأما الحربى إذا غصب حربية أو غصبها ذمى أو مستأمن أو غصب المستأمن مستأمنة واعتقدوه نكاحًا فهو نكاح.

فالمستأمنون يلزمنا أن ندفع عنهم من يجرى عليه أحكام الإسلام لا دفع بعضهم عن بعض.

فيثبت بنكاح الكافر ما يثبت بنكاح المسلم من الصهر المهر، والمصاهرة [والصهر] بمعنىً، قال الله تعالى: ﴿نَسَبًا وَصِهْرًا﴾ [الفرقان: ٥٤] حتى يحرم عليه أم الزوجة بالعقد وبنتها بالدخول.

ويحرم عليها أصول الزوج وفروعه، ويثبت به الطلاق أيضًا حتى لو طلقها فى الكفر ثلاثا ثم أسلم لم تحل له إلا بمحلل.

ولو طلق المسلم ذمية ثلاثا فنكحها ذمى حلت للمسلم، ويثبت به المسمى إن كان صحيحًا، ومهر المثل إن كان فاسدًا كالخمر والخنزير، وإن أسلما قبل قبضه وجب مهر المثل، وإن أسلما بعده فلا شىء لها؛ لانقضاء الأمر قبل الإسلام، وإن قبضت أخذت قسط الباقى من مهر المثل.

وبم يقسط؟ ينظر فيه: فإن كان زق خمر وقد أخذت نصفه رجعت بنصف مهر المثل، وإن تعدد واختلفت معاييره(١) فهل يقسط بالكيل أو بالعدد أو القيمة؟ أوجه.

أصحها بالكيل، وفى الخنازير يقسط بالقيمة لا بالعدد على الأصح، وكذا إذا اختلفت الأجناس كخمر وكلاب وخنازير.

ولو أسلم وتخلفت قبل الدخول وجب لها نصف المسمى، ولو أسلمت هى لم تستحق شيئًا.

وقيل: لها نصف المسمى؛ لأنها محسنة بالإسلام.

والمفوضة - وإن اعتقدوا أن لا مهر لها بحال - لم يفرض لها شىء وإن أسلمت قبل المسيس؛ لأنه سبق استحقاق وطئها بلا مهر.

وقوله فى «الحاوى»: «ونكاح الكفار صحيح. . .» إلى قوله: «فى نحو خمر»، فيه أمران:

أحدهما: أنه استثنى من صحيح أنكحة الكفار، النكاح المؤقت إذا لم يعتقدوا تأبيده وإنما يصح استثناؤه مما يقرر بعد الإسلام، وأما ما قبل الإسلام فهو كسائر أنكحتهم الفاسدة.

والصحيح أن الحكم بصحتها فى وجوب المسمى إذا دخل بها، ونصفه إذا طلق(٢) أو

---

(١) فى أ: مقاديره.

(٢) فى أ: أطلق.

أسلم قبل الدخول، وفى البينونة الكبرى إذا طلقها ثلاثا، ولكنه يندفع بالإسلام كما يندفع نكاح من تزوجت وأسلمت فى العدة، مع أنهم قضوا بأن نكاح المحرم صحيح فى وجوب أحكام النكاح، وإن كان يندفع بإسلام أحدهما فكيف نكاح المتعة وقد جوزه بعض أهل الإسلام.

الثانى: قوله: قسط ما لم تقبض قيمته فى نحو خمر. والصحيح أن الخمر وما ينضبط بالكيل كالخل المحكوم بنجاسته يقسط بالكيل لا بالقيمة كما سبق بيانه.

وقوله: «وقُرِّر إلا إن اتصل ما أفسده أو مؤبد حرمة بإسلام واحد كمؤقت لم يؤبدوه، واجتماع إسلام حر وأمة كالعقد فى شرط حلها».

أى: ويقرر بعد الإسلام نكاح الكافر ولو كان فاسدًا إلا إن اتصل ما فيه من المفسد بإسلام أحدهما، كما إذا تزوج امرأة فى العدة وبشرط الخيار ثم أسلم أحدهما قبل انقضاء العدة أو مدة الخيار، فإن النكاح لا يقرر؛ لأنه لو أراد أن يعقده عليها حينئذ لم يجز.

وكذلك إذا تزوج مطلقته ثلاثا قبل المحلل أو نكح محرمًا له ثم أسلم أحدهما لم يقرر النكاح كما ذكر.

وكذا لو طرأ المفسد ولم يكن مقارنًا للعقد، وكان يؤبد الحرمة، كما إذا وطئ ابنه أو أبوه امرأته بشبهة أو أرضعت أمه أو ابنته زوجته، فإن النكاح لا يقرر كالنكاح المؤقت إذا لم يعتقد تأبيده؛ لمقارنة المفسد للإسلام وهو كونه مؤقتا.

وأما إذا اعتقد تأبيده فإنه يقرر[1]؛ لأن المعتبر اعتقادهم، وإن لم يقارن المفسد الإسلام كمن تزوج بلا ولى ولا شهود أو بإجبار غير الأب أو الجد أو بإجبارهما الثيب، أو تزوج فى العدة أو بالخيار أو أسلم بعد انقضائهما فإنه يقرر نكاحه؛ لأن المفسد غير مقارن حال الإسلام.

وأما الأمة فلم يعتبروا الشرط المجوز لنكاحها إلا حال اجتماع إسلامه وإسلامها، حتى لو نكح الكافر، خائفا العنت، بعد العجز عن طَوْل الحرة أمة ثم اجتمعا على الإسلام وقد أمن العنت، أو وجد طول الحرة - لم يقرر نكاحه.

وإن نكحها آمنًا من العنت قادرًا على الحرة ثم أسلما وهو يخاف العنت وعاجز عن الحرة قرر نكاحه.

وإنما أثر المقارن الطارئ هنا؛ لأن نكاح الأمة بدل يعدل إليه عند تعذر نكاح الحرة

(١) فى أ: لا يقرر.

والبدل أضيق حكمًا من الأصل.

وقوله فى «الحاوى»: «لا إن قارن المفسد لا الطارئ إسلام واحد»، فيه أمران:

أحدهما: أنه احترز بقوله: «لا الطارئ» مما إذا قارن إسلام أحدهما مفسد طرأ بعد العقد، كما إذا أسلم أحدهما وهى فى عدة وطء بشبهة، فإن ذلك لا يمنع تقرير النكاح؛ لأن عدة الشبهة إذا طرأت على النكاح لا تقطعه، لكن لا حاجة للمصنف إلى هذا الاحتراز، وإنما كان يحتاجه لو [لم يكن ذكر][(١)] المفسد، أما مع قوله «لا إن قارن المفسد» فلا حاجة؛ لأن الألف واللام للعهد، فمعناه: لا إن قارن المفسد للنكاح الجارى فى الكفر إسلام أحدهما بحيث يمتنع إنشاؤه للصحيح حينئذ فيخرج المفسد الطارئ.

الثانى: أن من المفسدات الطارئة ما لا يتقرر معه النكاح كالرضاع والجماع اللذين يرفعان النكاح فلا فائدة بهذا الاحتراز.

وقوله: «وإن أبان حرة وأمة أو أختين بالثلاث قبل إسلامهم حرمتا دون محلل، أو بعده أو بين الإسلامين حرمت الحرة ومختارة الأختين».

أى: وإذا نكح الكافر حرة وأمة أو أختين وقلنا بالأصح أن أنكحة الكفار صحيحة فطلقهما فى الكفر ثلاثا ثلاثا لم تحل له واحدة منهما إلا بمحلل.

وإن أسلموا جميعًا ثم طلقهما اختص الطلاق بالحرة أو بالمختارة من الأختين واحتاجت إلى المحلل دون الأخرى.

وسواء طلقها بعد إسلام الجميع أو بعد إسلامه وقبل إسلامهما أو بالعكس؛ لأن الحرة تتعين[(٢)] بالإسلام.

ويندفع نكاح الأمة فلا يحتاج إلى المحلل، وغير المختارة من الأختين يتبيّن اندفاع نكاحها من وقت الإسلام السابق للطلاق.

فإن أسلم هو والأمة وطلقهما ولم تسلم الحرة حتى انقضت عدتها تعينت الأمة للطلاق.

وكذلك لو تخلفت إحدى الأختين تعينت المسلمة للطلاق.

وقوله: «ولزمنا حكم بطلب خصم لا بين معاهدين، فنقر نكاحًا، نُقِرُّه لو أسلموا ولا نفقة فيما نفسده».

أى: وإذا ترافع إلينا خصمان من أهل الذمة أو استعدى خصم على الآخر لزمنا الحكم

---

(١) فى ط: نكح

(٢) فى ط: تتيقن.

بينهما بما أنزل الله.

ولا يلزمنا الحكم بين المعاهدين؛ لأنه لا يلزمنا دفع بعضهم عن بعض.

فإن كانا ذميين، أو ذميًا ومسلمًا، أو ذميًا ومعاهدًا، لزمنا الحكم بينهما؛ لأنه يلزمنا دفع بعض أهل الذمة عن بعض.

ويلزمنا أن ندفع عن المعاهد من التزم أحكامنا، ولا يشترط رضا الذميين مثلاً بل نحكم برضا أحد الخصمين.

فمن استعدى على خصمه وجب علينا إعداؤه، ونحكم بينهم بما أنزل الله، فنقرر نكاحًا نقره لو أسلموا، ونفسد ما نفسده لو أسلموا.

فإذا ترافعا إلينا فى نكاح بلا ولى ولا شهود قررناه، أو فى نكاح معتدة، فإن كانت فى مدة العدة نقضناه وإلا قررناه كما نفعل لو أسلموا، وحيث نقرر نوجب النفقة وحيث نفسد نسقطها.

فلو نكح مجوسى مجوسية مَحْرمًا له، وطالبته بالنفقة عندنا لم نحكم لها بالنفقة ولا نقر النكاح، فالجمع بين إقرار النكاح وإسقاط النفقة لا وجه له.

وقوله فى «الحاوى»: «فنقر نكاحا نقره له لو أسلموا إلا بالنفقة حال المفسد»، مشكل يوهم أنا إذا قررنا نكاح المعتدة - لترافعهم إلينا - بعد انقضائها لا نقضى بالنفقة حال المفسد وهو مدة العدة.

والذى نعرف فى المذهب وذكره فى «العزيز»، و«الروضة» أن لها النفقة، وإنما نسقطها حيث نقضى بفساد النكاح لمن ترافع إلينا فيه، قالوا: وحرف الجر غير متعلق بقوله: «فنقرر» بل بالحكم، ولكنه سابق لما النفقة فرع عنه.

وقوله: «واختار ولو فى إحرام وعدة شبهة لا ردة أربعًا وإحدى أختين، وإماء إن أيس من حرة تخلفت».

أى: وإذا أسلم الكافر وتحته نسوة لا يجتمعن فى نكاح، فإن كن أكثر من أربعة اختار منهن أربعًا.

وإن كان تحته أختان اختار منهما واحدة، فإن كان تحته إماء فكذلك يختار منهن واحدة، هذا إذا أسلموا معًا.

والاعتبار فى المعية بآخر كلمة الشهادة لا أولها، أو كن مدخولاً بهن وأسلموا جميعًا فى العدة.

وأما إذا تقدم إسلامه أو إسلامهن قبل الدخول فإن الفرقة تُنجَّز فى الجميع.

وليس الاختيار كإنشاء النكاح فيجوز أن يختار وهو محرم وهن محرمات.

ولو وطئت إحداهن بشبهة فله اختيارها فى عدة الشبهة، وإن كان لا يجوز له إنشاء نكاحها؛ لأن عدة الشبهة لا تقطع نكاح الإسلام فكيف تقطع نكاح الكفر؟!

نعم لو ارتدت منهن واحدة لم يجز له أن يختارها فى عدة الردة؛ لأن منافاة الردة للنكاح أشد؛ من حيث إنها تقطعه، بخلاف الإحرام ووطء الشبهة، فيختار الأربع والواحدة من الأختين، سواء تقدم نكاح من اختارها أو تأخر.

ولو أسلم الحر وتحته إماء وهو ممن يحل له نكاح الإماء حال إسلامهن فله أن يختار واحدة منهن.

وهذا إذا لم يكن فيهن حرة، فإن كانت ولكنها تخلفت لم يجز له أن يختار واحدة من الإماء حتى ييأس من الحرة، إما بانقضاء عدتها، أو بموتها.

وقوله: «وتعينت بنت قبل وطء أم، وحرة إما كتابية أو أسلمت فى العدة، وإن ارتدت أو ماتت ولو قبل إسلام الأمة».

أى: ومن تزوج فى الكفر امرأة وبنتها ثم أسلم نظرت: فإن كان قبل الدخول بهما أو بعد الدخول بالبنت دون الأم تعينت البنت وحرمت الأم أبدًا؛ لأنها تحرم بمجرد العقد على البنت، والبنت لا تحرم إلا بالدخول بالأم، وإن كان بعد الدخول بهما، أو بالأم حرمتا جميعًا على التأبيد.

ولو أسلم وتحته أمة وحرة وكتابية، تعينت الحرة واندفعت الأمة؛ لأن الحرة الكتابية يحل للمسلم نكاحها.

وكذا لو كانت الحرة وثنية ثم أسلمت فى العدة فإنها تتعين وتندفع الأمة، سواء عاشت الحرة أو ماتت، وسواء ثبتت على الإسلام أو ارتدت، وسواء سبق موتها أو ردتها إسلام الأمة أو لا.

وقوله: «ومعتقة كحرة لا بعد إسلامها والزوج».

أى: وإذا أسلم وتحته حرة وأمة فعتقت قبل أن تجتمع هى والزوج فى الإسلام، بأن عتقت قبل إسلامها وإسلام الزوج، أو بعد إسلامه دونها، أو إسلامها دونه، ثم جمعهما الإسلام فى العدة التحقت بالحرة الأصلية، حتى لو أسلم عن حرة وإماء فأسلمت الحرة ثم أسلم الإماء فى العدة وقد عتقن التحقن بالحرائر الأصليات، حتى يجوز أن يختار أربعًا منهن غير الحرة.

ولو أسلم عن إماء فقط فأسلمن معه إلا واحدة فعتقت ثم أسلمت تعينت واندفع الإماء

كالحرة الأصلية.

ولو أسلمن معه ثم عتقن فلهن حكم الإماء فى اختيار واحدة منهن فقط.

وقوله فى «الحاوى»: «والمعتقة قبل إسلام أحد كالحرة وبعدهما تدفع المتأخرة عن عتقها» فيه أمران:

أحدهما: قوله: «والمعتقة قبل إسلام أحد»، أراد قبل أن يسلم الزوجان جميعًا، وقالوا فى تأويل كلامه: إذا أسلم أحدهما وبقى الآخر، فالآخر حر وقد عتقت قبله، ولا يخفى ما فى هذا التأويل من التعسف.

الثانى: قوله: «وبعدهما تدفع المتأخرة عن عتقها»، يعنى إذا عتقت بعد إسلامها وإسلامه فإنها تدفع من أسلم بعد عتقها وتبقى هى، ومن أسلم قبلها يختار منهن واحدة.

وهذا سهو تبع فيه الرافعى، والرافعى تبع فيه الغزالى، وقد نبه على ذلك ابن الصلاح ومن بعده.

ونقل ابن البارزى المسألة عن الإبانة على الصواب، أنه بعد إسلامها يتخير فى الجميع؛ لأن الاعتبار فى ذلك اجتماع العتيقة والزوج فى الإسلام لا باجتماع غيرها والزوج وكيف تدفع غيرها، وهى مدفوعة بالحرة لو كانت هناك، أو باختيار أمة واحدة سواها.

وقوله: «والعبد ثنتين وكحر إن عَتَق لا وقد أسلم وثنتين بل تعينتا لا إن تأخرت حرة».

أى: وإذا أسلم العبد الكافر على إماء، أو حرائر، أو إماء وحرائر، وأسلمن هن وهو معًا قبل الدخول أو مرتبًا بعد الدخول وقبل انقضاء العدة اختار منهن ثنتين حرتين أو أمتين أو أمة وحرة، فإن عتق قبل أن يسلم أحد، أو بعد أن يسلم هو وحده، أو قبل إسلامه وبعد إسلامهن، فهو فى هذه الأحوال كالحر يختار أربعًا منهن إن كن حرائر، أو واحدة إن كن إماء وهو ممن تحل له الأمة.

فإن عتق بعد إسلامه وإسلامهن اختار ثنتين، أو بعد إسلامه وثنتين فقط تعينتا إن كانت المتأخرات إماء لأنهن أسلمن وهو حر.

وأما الأوليان فاجتمع إسلامه وإسلامهما وهم أرقاء.

وإن كانت المتأخرات حرائر، أو فيهن حرة، أو عتقت إحداهن فى العدة لم يتعين الأوليان بل يتخير، فيأخذهما إن شاء أو ثنتين من الحرائر أو إحداهما وحرة.

وقوله: «وطلاق وفسخ بنيَّتِه وإن علقا، لا الاختيار، اختيارٌ لا ظهارٌ وإيلاءٌ ووطءٌ».

أى: وإذا طلق المأمور بالاختيار واحدة منهن فطلاقه لها اختيار لنكاحها؛ لأنه لا يخاطب بالطلاق إلا المنكوحة، وسواء نجَّزه أو علقه، وللفسخ إذا نوى به الطلاق حكم الطلاق فى

تضمنه الاختيار وجواز تعليقه.

ولا يجوز تعليق الاختيار، وإنما جاز تعليق الطلاق المتضمن للاختيار تغليبًا لحكم الطلاق والاختيار فيه ضمنى.

ويحتمل فى الضمنى ما لا يحتمل فى غيره، ألا تراه لو قال: أعتق عبدك عنى إذا قدم زيد بألف ففعل صح العتق، مع تضمنه الملك؟!

وإن لم ينو بالفسخ الطلاق لم يجز تعليقه؛ لأن للفسوخ التى تحل العقود بها حكم العقود فى امتناع التعليق.

وألفاظ الاختيار: كـ «اخترتك للنكاح» و «أمسكتك له»، و «قررت نكاحك» وما أشبهه.

قال الرافعى: والأقرب أن قوله: «اخترتك» من غير ذكر «النكاح» كناية.

وأما إذا ظاهر من امرأة منهن، أو آلى، أو وطئها، لم يكن ذلك اختيارًا؛ لأن الحلف على ترك الوطء وجعل المرأة عليه كظهر أمه مما يخاطب به الأجنبية بقصد الامتناع من نكاحها، بخلاف الطلاق.

وأما الوطء فلأن الاختيار إما أن يكون كابتداء النكاح أو كالرجعة، وكلاهما لا يجزئ فيه إلا القول.

وقوله فى «الحاوى»: والطلاق وإن علق لا الاختيار والفسخ بتفسيره تعيين للنكاح، اختلف الشارحون فى قوله: «والفسخ بتفسيره»، فمنهم من قال: عطفه المصنف على الاختيار، ومراده: والفسخ بتفسير الفسخ لا يقبل التعليق أيضًا.

ومنهم من قال: عطفه على الطلاق، ومراده: والفسخ بتفسير الطلاق يقبل التعليق أيضًا، وكلا الحكمين صحيح.

ولكن عندى أن المراد للشيخ هو الثانى؛ لأن الفسخ صريح فى حل العقود، فلا يحتاج أن يشترط قصد تفسيره، فقوله: «بتفسيره» دليل على أنه أراد إخراجه عن معناه إلى الطلاق؛ لأنه يشترط أن يقصد حينئذ نية الطلاق.

وقوله: وله حصره فى بعض واختيار من تحل وفسخ فيمن زادت وييأس من وثنية حبس له ثم عزر.

أى: ولمن أسلم على ثمانى نسوة مثلا أن يحصر اختياره فى خمس أو ست منهن، ويندفع الباقى؛ لأنه وإن لم يكن تعيينًا تامًا ففيه رفع بعض الإبهام.

ثم يؤمر بعد ذلك باختيار أربع، وله اختيار من تحل له مثل أن تسلم واحدة منهن، أو كانت كتابية، ثم إذا أسلمت أخرى جاز اختيارها حتى يستكمل النصاب.

بخلاف الفسخ فإنه لا يجوز أن يفسخ إلا فى الزوائد على الأربع. ولو أسلمت واحدة، لم يجز له أن يفسخ فيها ولا فى واحدة من المتخلفات.

فإذا أسلم أربع وتخلف غيرهن، أو لم يسلمن وكان منهن أربع كتابيات جاز له أن يفسخ فى المتخلفات أو فى غير الكتابيات.

ولا يكلف فيمن أسلم معه اختيارًا حتى ييأس من إسلام من تخلفن ولو واحدة.

فإن لم يبق من ينتظره كلف اختيار أربع منهن، فإن امتنع حبس، فإن لم يفد عزره القاضى بالضرب ونحوه، ولا يختار له؛ لأنه اختيار شهوة كتعيين الطلاق المبهم.

بخلاف الولى يمتنع من الطلاق، فإن للقاضى أن يطلق عليه؛ لفقد المعنى المذكور.

وقوله فى «الحاوى»: «وحبس له»، أى: للاختيار، وقد نوعه نوعين، وهو لا يحبس لاختيار فراق الوثنيات، ولا لاختيار نكاح المسلمات قبل اليأس من الوثنيات.

وقوله: فإن مات قبله اعتدت كلٌّ الأقصى ووقف لا وبهن أربع كتابيات إرثهن إلى تراضٍ ولو بتفاوت لا على مال آخر.

أى: فإن مات قبل أن يختار اعتدت الحائض بالأكثر من ثلاث حيضات أو أربعة أشهر وعشر؛ لأنه يحتمل أن تكون مفارقة وأن تكون زوجة.

وأما ذات الأشهر فإنها تعتد بأربعة أشهر وعشر، وكذا الحامل بوضع الحمل؛ لأن ذلك أقصى فى حقهن، هذا فى المدخول بهن.

وأما غير المدخول بهن فتعتد كلهن أربعة أشهر وعشرًا احتياطًا؛ إذ لا عدة قبل الدخول إلا للموت.

وتحسب عدة الوفاة من يوم الموت، وعدة الأقراء من وقت إسلام من سبق منهما، أو من وقت إسلامهما إن أسلما معًا؛ لأن الأقراء إنما تجب لاحتمال أنها ممن انفسخ نكاحها والانفساخ يتبين من حينئذ.

وأما الإرث فيوقف إلى أن يتراضى الجميع منهن ويصطلحن عليه، فيقسم بينهن بحسب التراضى من التساوى والتفاضل.

نعم لو جاء من ثمان خمسٌ وطلبن ربع الموقوف أعطين، أو ست فنصفه، ولو جاء أربع لم يعطهن؛ لاحتمال أن الزوجات غيرهن.

وإن كان فيهن صغيرة أو مجنونة فللولى أن يصالح لها بأقل من الربع؛ لأنه لا يتيقن لها حقًّا.

ولا يجوز على أقل من الثمن؛ لأن لها اليد على ثمن الموقوف؛ فلا تزال يدها عنه إلا

بيقين، بخلاف الرشيدة لأن لها أن تستميح بحقها.

ولكن لو صالح بعضهن بعضا على مال آخر يعطيه إياه عن نصيبه من التركة لم يجز؛ لأنه بيع للتركة من غير أن يتحقق الملك.

وإنما يوقف إذا لم يكن منهن أربع كتابيات، فلو مات عن ثمان فأكثر، فأسلم أربع فأكثر وتخلف أربع كتابيات لم يوقف شيء من التركة.

بل يقسم الجميع بين الورثة؛ لاحتمال كون الزوجات من الكتابيات، والكتابية لا ترث من زوجها المسلم، والمسلمات لم يتحقق استحقاقهن.

وقوله: كمطلقة التبست لا بكتابية.

أى: كما يوقف الإرث فيما إذا طلق امرأة معينة من نسائه ثم التبست بغيرها ومات قبل البيان، فإنه يجوز الصلح بالتفاوت، فإن كان تحته مسلمة وكتابية فطلق إحداهما بعينها ثم التبست بغيرها لم يوقف لها شيء؛ لأن الكتابية لا ترث، والمسلمة لم يتحقق كونها وارثة؛ لاحتمال أنها المطلقة، والأصل عدم استحقاقها.

وقوله: ولها نفقة لا مدة تخلفها وردتها.

أى: وتجب للزوجة النفقة إذا أسلمت قبل الزوج أو معه.

وإن أسلمت بعده لم تجب لها فى مدة التخلف نفقة بل من حين أسلمت.

ولو ارتدت الزوجة سقطت نفقتها مدة الردة فى العدة.

وإن ارتد الزوج أو تخلف وقد أسلمت لزمته النفقة؛ لأنها فى حال الردة والتخلف ناشزة، وفى مدة إسلامها قبله محسنة.

فإن قيل: فالتى أسلمت قبل الدخول محسنة فلم لا يجب لها كل المهر؟

فالفرق أن المهر عوض البضع المعقود عليه، والعوض يسقط بتفويت العاقد المعقود عليه وإن كان معذورًا، كما لو باع طعامًا ثم أكله مضطرًا، والنفقة فى مقابلة التمكين، وهو قادر عليه بأن يُسْلِم.

* * *

الخيار فى النكاح

وقوله: باب: الخيار فورًا لجاهل ببرص وجذام وجنون وجبٍّ ولو جبته وبعُنة مكلف وإن علمت لا بعد وطء فيه، ورتق وقرن وإن طرأ لا بعد برء وفرقة.

أى: إنما يثبت الخيار فى فسخ النكاح بهذه العيوب المذكورة، وإنما يثبت للجاهل بها، ثم هذا الخيار على الفور كعيوب المبيع.

والبرص والجذام والجنون عيب عام فى الزوجين، وما بعده مختص بأحدهما.

والأصل فيه: «أنه ﷺ رد امرأة نكحها ووجد فى كشحها بياضًا على أهلها»(١).

وألحق به كل عيب يخل بالاستمتاع، إما أن ينفر منه تنفيرًا قويًّا للعيافة وخوف الإعداء وذلك كالبرص والجذام.

أو بالخوف على النفس وذلك كالجنون، أو يمنعه الاستمتاع كالجب والرتق.

وليس مثل هذه العيوب البخر والصنان والقروح والاستحاضة، ولا كون أحدهما خنثى، أو عِذْيَوْطًا.

وإن اختلفا فى بياض هل هو برص؟ فالقول قول المنكر، وعلى المدعى البينة.

ويثبت بالبرص والجذام، وإن كان بالآخر مثله أو أكثر؛ لأن النفس تعاف عيب غيرها لا عيبها.

ويثبت الخيار للزوجة بجب ذكر الزوج، إذا لم يبق منه قدر الحشفة وإن كانت هى الجانية عليه بالجب.

كما لو هدم المستأجر الدار المستأجرة، له الفسخ، والفرق بينه وبين المبيع: حيث يسقط خيار المشترى بتعييب المبيع أن المشترى قابض بذلك حقه، بخلاف المستأجر، والتى جبت الزوج، وثبت لها الخيار بعنة الزوج المكلف قبل الوطء، سواء قارنت العقد، أو حدثت بعده وقبل الوطء، وسواء علمت أو جهلت.

فأما إذا وطئ الزوج ثم عُنَّ فلا خيار لها؛ لأنها تحققت قدرته عليه، وقد يكون العجز لعارض، بخلاف الجب بعد الوطء فإنه ميئوس من وطئه فيثبت به الخيار.

والمعتبر فى وطء النكاح الحاضر، حتى لو تزوجها ووطئها ثم أبانها وعقد عليها ثانيًا ولم يطأها فيه فلها الخيار بالعنة، ولا أثر للوطء فى النكاح السابق.

---

(١) أخرجه البيهقى (٧/٢١٣، ٢١٤) وأبو نعيم فى الطب كما فى تلخيص الحبير (٣/٣٦٣) وقال الحافظ: وفيه اضطراب كثير على جميل بن زيد راويه.

وأما الصبى والمجنون فلا يسمع عليهما دعوى العنة، ولا تضرب المدة؛ لأن المدة والفسخ يُعْتمدان بإقرار الزوج، أو بيمينها بعد نكوله، وقولهما ساقط.

ويثبت الخيار للزوج بكون المرأة رتقاء، وهى التى ارتتق محل الجماع منها باللحم، وبكونها قرناء، والقرن عظم فى الفرج يمنع الجماع، وقيل لحم، وليس للزوج إجبار الرتقاء على شقه، لكن لو شقته سقط خياره.

ويثبت الخيار بهذه العيوب، سواء قارنت العقد أو طرأت بعده وقبل الوطء أو بعدهما جميعًا إلا العنة لما بيناه.

فإن زال العيب أو حصلت الفرقة بموت أو غيره قبل الفسخ سقط الفسخ.

وقوله فى «الحاوى»: وإن طرأ لا إن علم أو بعد الموت والزوال، فيه أمور:

أحدها: أن قوله «وإن طرأ»، لا ينتظم مع قوله «لا إن علم» ؛ لأنه [لا يصح](١) منه الفسخ بالطارئ إلا إذا علم به وإنما ينتظم به مع المقارن للعقد، فلو عبر بإثبات الخيار للجاهل لانتظم.

الثانى: قوله: «أو بعد الموت»، لو عبر بالفرقة لكان أعم ليشمل المطلقة قبل الدخول؛ فإن الزوج [لا](٢) يستفيد بالفسخ الرجوع فى نصف الصداق الباقى لكن ليس له ذلك.

الثالث: أنه أطلق ثبوت الخيار بالعنة، وليس كذلك، بل هو مخصوص بالمكلف كما سبق.

وقوله: ولولى عضل وخيار بعام قارن.

أى: وللولى منع المرأة من نكاح من به أحد هذه العيوب الثلاثة التى لا تختص بأحد الزوجين، وهى البرص والجذام والجنون.

فإذا علم الولى بذلك بعد العقد ثبت له الخيار بها؛ لأن الأولياء يعيرون بإنكاح هؤلاء.

ولا خيار له بالعيب الخاص بالرجل وهو العنة والجب؛ لأنه لا عار عليه فى ذلك، والضرر عليها دونه.

وإنما يثبت الخيار للولى بهذه العيوب إذا قارنت العقد.

وأما الطارئ فلا؛ لأن حقهم فى الكفاءة إنما يراعى فى ابتداء العقد لا دوامه، بدليل أن لهم الاعتراض على حرة نكحت عبدًا، لا على من عتقت تحت عبد ورضيت به.

---

(١) فى ط: يصح.

(٢) سقط فى أ.

وقوله: ولها مهر بوطء ومسمى إن حدث بعده كالردة.

أى: وإذا فسخ بعيب فيها أو فسخت بعيب فيه ليس لها مهر، إلا ما يجب بالوطء من مهر المثل، أما قبل الوطء فلا شىء لها؛ لأنها إما فاسخة بعيبه أو مفسوخة بعيبها، فهى السبب فى الحالين فى إسقاطه وسيأتى بالصداق بيانه، سواء كان العيب مقارنًا للعقد أو طارئًا بعد العقد.

وأما إذا حصل له الفسخ بعد الوطء فإن كان بعيب مقارن أو حادث قبل الوطء، فإنه يجب لها مهر المثل.

ويسقط المسمى؛ لأن الزوج إنما بذل المسمى ظانًّا للسلامة فرجع كل من المتعاقدين بالفسخ إلى عين حقه إن بقى، وبدله إن تلف، فيرجع الزوج إلى المسمى وحقها وهو البضع وقد تلف فترجع إلى بدله وهو مهر المثل.

وإن فسخت بعيب حادث بعد الوطء لم يسقط المسمى؛ لأن الوطء قد قرره قبل السبب الموجب للخيار.

وكل هذا التفصيل مأخوذ من الأصل، وحكم الردة فى المهر حكم الفسخ بالعيب، إن حدثت بعد الوطء لم يسقط المسمى، وإن ارتدت قبله ووطئها جاهلا وجب مهر المثل، وإن لم يطأها فلا شىء عليه.

وقوله: وبخلف شرط قصد لا حريتها وبنسب لغير ولا خُلف ظن إلا بعيب حريته، وولد من بانت أمةً حر ولسيدها ولو جده قيمة يوم خروج لا ميتًا وبجنابة عشر قيمة أمه.

أى: ويثبت الخيار أيضًا بخلف الشرط لما فيه من التغرير. واعلم أنه إذا شرط فى الزوجة أو فى الزوج وصف كمال، كالحرية والإسلام والنسب والجمال والطول والشباب والبياض، أو شرط نقص كضدها فبان بخلافه، ففى صحة النكاح قولان: الأصح الصحة كما فى «العزيز» و«الروضة».

فإذا قلنا: يصح، نظرت: فإن بان خيرًا مما شرط فلا خيار، أو دونه ثبت الخيار، ككل وصف يقصد إليه إذا شرط فى العقد وبان خلافه ثبت الخيار، اللهم إلا إن كان المشروط حرية أو نسبًا وشرطهما غير حر أو نسيب، مثل أن يشترط العبد حرية الزوجة فبانت رقيقة، والأمة حرية الزوج فبان رقيقًا فلا خيار، وكذلك غير النسيب كالعجمى إذا شرط كونها عربية فبانت عجمية أو شرطت العجمية كونه عربيًا فبان عجميًا فلا خيار؛ لأن الكفاءة قد حصلت بخلاف السيد إذا شرط حرية الزوج فإنه يثبت له الخيار.

وأما خُلف الظن فى النكاح فلا يثبت به الخيار كما لو ظنته كفئًا فبان غير كفء، أو

سالمًا من عيوب النكاح أو جميلاً أو شابًّا، وكذا سائر الصفات للتقصير فى البحث، نعم لو ظنته حرًّا فبان عبدًا فالأصح أن لها الخيار إذا كانت حرة.

وأما لو ظنها حرة فبانت أمة وهو ممن يحل له نكاح الإماء فالأظهر أنه لا خيار.

والفرق بينهما قدرته على الطلاق، فإن شرط كونها حرة فبانت أمة وقد وطئها فولده حر للجهالة، سواء كان حرًّا أو عبدًا، وسواء أجاز العقد أو فسخ.

والحادث بعد العلم رقيق سواء كان حرًّا أو عبدًا وحيث حكمنا بحرية الولد فللسيد على المغرور قيمة الولد.

ولو كان السيد جد الطفل أى لأبيه، ولا يتصور أن يكون من جهة الأم؛ لأن الأب لا يملك بنته إلا وتعتق عليه.

وهذا إذا خرج الولد حيًّا، وأما إذا خرج ميتًا فلا قيمة للميت.

نعم إذا خرج بجناية جانٍ، فإنه يجب لسيدها على المغرور عشر قيمة الأم؛ لأنه الذى يضمن به الجنين سواء كان الجانى أجنبيًّا أو المغرور أو عبده أو السيد؛ لأنه إن كان أجنبيًّا فلا يثبت على الجانى الغرة، وللسيد عليه عشر قيمة الأم، فإن كان الجانى هو الأب المغرور فالغرة على عاقلته، ولا يرث منها شيئًا، لأنه قاتل ولا يحجب من بعده.

وإن كان الجانى عبد المغرور فلا يتعلق برقبة العبد شىء للمغرور؛ لأن السيد لا يثبت له دَيْن على عبده، نعم إن كان للجنين جدة فلها السدس فى رقبة العبد.

وإن كان الجانى هو السيد فالغرة على عاقلته، وعلى المغرور عشر قيمة الأم، فللسيد عشر قيمة الأم على كل حال.

وقوله فى «الحاوى»: وخلف شرط الإسلام والنسب والحرية لا خلف الظن، فيه أمور:

أحدها: أنه خصص خلف الشرط بهذه الثلاثة، وهو وجه، والمذهب خلافه وأن كل وصف مقصود له حكمها.

الثانى: أنه أطلق ثبوت الخيار بخلف شرط الحرية والنسب، والصحيح أن ذلك مخصوص بما إذا شرطهما الحر أو النسيب، أما إذا شرط العبد الحرية وغير النسيب النسب فبان خلافه فلا خيار إذا بان مثله أو فوقه على الأصح.

الثالث: أنه أطلق عدم الخيار بخلف الظن، والأصح أن للحرة الخيار إذا ظنت حرية الزوج فبان عبدًا، ونسب فى «الروضة» مقابله إلى الغزالى وضعفه وقال: وقد أنكروه على الغزالى، وجزم فى «المنهاج» بثبوت الخيار.

وقوله: ولزمت ذمة عبد كمهر مثل وجب بوطء فاسد، لا بمقتضى إذن.

أى: وما يلزم الحر من قيمة هذا الولد وعشر قيمة أمه بالجناية، يتعلق بذمة العبد لا كسبه، كما يثبت فى ذمته مهر المثل الواجب بالوطء بالشبهة، أو بالفسخ بالعيب أو بالعتق، كما إذا عتقت الأمة قبل الوطء تحت عبد فوطئها قبل علمها بالعتق ثم فسخته؛ فإن الأصح أنه يجب مهر المثل لا المسمى، أو فى النكاح الفاسد بأن نكح بغير إذن السيد ووطئ أو أذن فى النكاح الصحيح أو مطلقًا فنكح نكاحًا فاسدًا ووطئ، ففى هذه الصور يجب مهر المثل فى ذمته، وأما إذا أذن له فى النكاح الفاسد فإنه يجب مهر المثل.

وأما إذا أذن له فى النكاح الصحيح أو مطلقًا فنكح نكاحًا صحيحًا لكن بمهر فاسد فإنه ينعقد النكاح بمهر المثل، ويتعلق فى الصورتين بكسبه.

وأما الثانية فلأن المهر لزمه بالنكاح المأذون فيه لا بالوطء.

وأما الأولى فلأنه أذن له فى موجبه وهو الوطء إلا إذا كان السيد قد قدر له مهرا فإن الزائد من مهر المثل على المقدر يتعلق بذمته.

وقوله فى «الحاوى»: كمهر المثل، يرد عليه مسألتان:

إحداهما: ما وجب من مهر المثل بالعقد لفساد العوض فإنه يتعلق بكسبه وقد بيناه، فلو قال: «كمهر المثل الواجب بالوطء» لما وردت عليه.

الثانية: ما وجب من مهر المثل بالوطء فى النكاح الفاسد المأذون فيه فإنه يتعلق بكسبه أيضًا كما فى «الروضة»، وأصلها على القطع به فى الأولى وعلى أنه القياس فى الثانية.

وقوله: ورجع بعد غرم بها لا بمهر على ذمة غارٍّ، وإنما يغر عاقد وهى.

أى: ويرجع المغرور بقيمة هذا الولد إن خرج حيًّا وعشر قيمة أمه إن مات بجناية على من غره؛ لأنه لم يدخل فى النكاح على أنه يضمن الولد ولكنه لا يرجع على من غره حتى يغرم كالضامن، وإن كان المغرور عبدًا فقد بينا أن الغرم فى ذمته، وما لزم ذمة الرقيق لا يطالب به إلا بعد العتق فلا غرم عليه، ولا رجوع قبل العتق.

أما المهر الذى سلمه المغرور فلا يرجع به على أظهر القولين؛ لأنه فى مقابلة ما استوفاه من منفعة البضع.

والغرور لا يكون إلا من العاقد والمعقود عليه.

فإن كان الغرور بحرية لم يتصور من السيد كما قال فى «الروضة» ؛ لأنها تعتق عليه بذلك، ويتصور من الوكيل أو من الأمة، وقال الإسنوى: يتصور من السيد إذا كانت الأمة مرهونة أو جانية وهو معسر.

وكذا إذا كان اسمها الحرة، فقال: زوجتك الحرة هذه.

وأنكر الأذرعى هذه وقال: إذا قال: زوجتك هذه وهى حرة، فليس بتغرير؛ لأن الزوج يكون مقصرًا بعدم البحث عن اسمها.

ثم الغرور إن كان قبل العقد ظهر أثره فى وجوب الغرم، فيتصور من الأمة ولا يظهر أثره فى ثبوت الخيار إلا إن شرط فى العقد، فإن كانت الأمة هى الغارة فالرجوع عليها، لكن قد بينا أن الغرم يلزم الذمة فلا رجوع حتى يغرم والرجوع متوقف على عتقها.

وإن كان الغار وكيل السيد فالغرم عليه.

وإن غراه جميعًا الوكيل والأمة فالغرم عليهما نصفين.

ولا رجوع لأحدهما على الآخر، نعم إذا غرت الوكيل وذكرت له أنها حرة فذكر ذلك للزوج غرم الوكيل الكل، ورجع به عليها إذا عتقت.

وقوله: وخيرت بعتق ثم تحت ذى رق لا فى صغر وجنون حتى تكمل وإلا إن عتق ولا قبل وطء، وهى ثلث معتق مريض، ولها فى عدة رجعة وتخلف إسلام فسخ وتأخير لا إجازة.

أى: والخيار لجاهل ولمن تم عتقها تحت عبد، إما بأن كانت أمة كلها فعتقت كلها أو مبعضة فعتق الباقى فإن لها الخيار؛ لأن بَرِيرة لما عتقت تحت عبد خيرها النبى ﷺ[1]، فإن عتق العبد قبل أن تفسخ سقط الخيار.

ولو أعتق المريض أمته المزوجة بعبد لغيره قبل أن يطأها لم يثبت لها الخيار؛ لأن ثبوته لها يؤدى إلى إبطاله؛ لأنها إذا فسخت سقط مهرها، وهو من جملة مال المريض سواء أقبضته أو أتلفته أم لا فينقص الثلث عن الوفاء بعتقها.

وإذا لم تعتق كلها لم يثبت لها خيار، وكل ما أدى ثبوته إلى إبطاله بطل.

وهذه من صور الدور الحكمى.

وهذا بخلاف ما إذا أعتقها بعد الوطء؛ لاستقرار المهر، ولو أعتقها قبل الوطء وهى ثلث ماله من دون المهر ثبت لها الخيار أيضًا؛ إذ لا دور.

وخرج بقوله: «تحت ذى رق» الحر، ودخل المكاتب والمُدَبَّر والمُبَعَّض؛ لأن كلا منهم ذو رق.

ولا يثبت الخيار لعبد عتق وتحته أمة؛ لأنه لا عار عليه فى استفراشها وأيضًا فهو قادر على طلاقها.

---

(١) يشير إلى حديث عائشة أن النبى ﷺ قال لها: «اختارى فإن شئت أن تمكثى تحت هذا العبد وإن شئت أن تفارقيه» أخرجه أحمد (٦/ ١٨٠)، وأصله فى الصحيحين.

ولو طلقها رجعيًّا فلها الفسخ فى العدة، لتمنعه سلطته بالرجعة، ولها التأخير إلى أن يراجعها.

وكذلك لها الخيار والتأخير فى عدة التخلف إذا أسلمت وتخلف، أو أسلم وتخلفت هى حتى يجتمعا على الإسلام.

وليس لها أن تختار إجازة النكاح فى العدة؛ لأنها محرمة عليه صائرة[1] إلى بينونة فحالها لا يناسب اختيار بقاء النكاح.

وإن كان الطلاق قبل العتق ففسخت فى العدة، لم تستأنف، بل تبنى على عدتها وتتم عدة حرة.

وأما الصغيرة والمجنونة فليس للولى أن يختار لهما؛ لأن هذا اختيار شهوة، بل يتأخر اختيارهما إلى البلوغ والإفاقة.

وقوله فى «الحاوى»: «وعتق كلها» إلى قوله: «أو تخلف إسلامه»، فيه أمران:

أحدهما: قوله «وعتق كلها»، لم يرد أنه يشترط أن يعتق كلها تحت من مسه الرق وإن اقتضاه لفظه، وإنما أراد أن يتم عتقها حتى لو تزوج العبد مبعضة وعتق البعض الباقى وهى تحته ثبت لها الخيار، وإن كان لم يعتق تحته إلا بعضها.

الثانى: قوله: أو تخلف إسلامه، ليس مختصًا بتخلف إسلامه بل لو تخلف إسلامها فإن لها الخيار على الصحيح، كما ذكره فى «العزيز» و«الروضة» فى نكاح المشركات.

وقوله: وجهل عتق وخياره وفوره كعيب نكاح عذر إن أمكن وحلفت.

أى: إذا عتقت تحت عبد وأخرت الفسخ وادعت أنها لم تعلم بالعتق كان ذلك عذرًا فى التأخير.

وكذلك إذا ادعت الجهل بثبوت الخيار بالعتق أو ادعت مع العلم بالعتق وثبوت الخيار بالجهل بكونه على الفور، فإنها تصدق فى ذلك كله بيمينها إذا أمكن الجهل بذلك.

أما إذا كانت مع السيد وقد انتشر عتقها فى جيرانها وغيرهم فإنها لا تصدق بيمينها.

ولو كانت فقيهة وادعت الجهل به، أو الجهل بثبوت الخيار فى العتق أو كونه على الفور لم تصدق، وهذا كعيب النكاح إذا ادعت الجهل به أو الجهل بثبوت الخيار فيه أو بكونه على الفور، فإنها تصدق فى ذلك كله بيمينها إذا أمكن، كما فى «الروضة» وغيرها.

وقال ابن النحوى وغيره نقلا عن ابن البارزى: وأما الجهل بفورية الخيار بعيب فى أحد

---

(١) فى ط: وهى جارية.

الزوجين فالأصح إلحاقه بادعاء الجهل بالخيار والعتق قال: وهو كما قال.

وأما الخيار بالعيب فمشهور فى الإسلام، لا يجهله إلا قريب عهد بالإسلام، أو ناشئ فى بادية بعيدة عن أهله.

وقوله فى «الحاوى»: وجهل العتق والخيار به لا بالعيب وعلى الفور تخلفها عذر، فيه أمور:

أحدها: أنه أطلق كونه عذرًا وهو لا تكون عذرًا إلا إذا أمكن وغلب على الظن ذلك.

الثانى: قوله: لا بالعيب، يقتضى أن دعوى أحد الزوجين الجهل بثبوت الخيار بعيب النكاح ليس بعذر، والأصح أنه عذر كما سبق بيانه.

الثالث: قوله: وعلى الفور، يعنى أن جهلها بكون خيار العتق على الفور لا يكون عذرًا، وهذا ما ذكره الغزالى فى «الوجيز».

قال الرافعى: ولم أر المسألة لغيره من الأصحاب، لكن نقل عن العبادى فيها قولين، ونقل ابن النحوى عن «الشامل» أنه كادعاء الجهل بثبوت الخيار فى العتق، وأنه ذكره فى باب اللعان وبالغ فى «المهمات» فى الاعتراض على من وافق الغزالى، واستدل بما يقتضى أن دعوى الجهل بالفورية فى العتق أولى بالقبول منها فى العيب الذى صرح به الرافعى بجعله عذرًا.

الفسخ بالعنة

وقوله: وعذر فى وطء منكر عُنَّة حَلَفَ وأمهل مقر وشبهه سنة بطلبها، ثم إن لم تعتزله فسخت بالقاضى وإن سافر، وكذا إن رضيت لا بعد السنة، إلا إن جُدد نكاح ومدة.

أى: شرع فى بيان كيفية الفسخ بالعنة، فإذا ادعت أنه عنين فأنكر وحلف سقطت دعواها؛ لأن البينة لا مدخل لها فيه إلا على الإقرار:

وليس لها مطالبته بالوطء؛ لأنه حقه، وفى وجه تطالبه بوطأة واحدة.

وإن أقر بالعنة أو حلفت بعد نكوله فالحلف بعد النكول كالإقرار على الصحيح.

وهذا ما أراده بقوله: «مقر وشبهه»، فإذا أقر أمهله الحاكم سنة لتمر عليه الفصول، فقد يكون ذلك لحرارة أو رطوبة أو برودة أو يبوسة.

وإنما تضرب هذه المدة إذا طالبت بعد إقراره بما يتوجه إليها.

ثم إذا مضت المدة فلم تعتزله فيها رفعته إلى القاضى ثانيًا.

وليس لها أن تستقل بالفسخ دونه، فإن قال: وطئت، وحلف صدق بيمينه كما سيأتى بعدها.

وإن اعترف أو نكل وحلفت استحقت الفسخ، لكن لا تفسخ بمجرد اعترافه على الصحيح حتى يقول لها القاضى: حكمت بعنته فاختارى.

وأما إذا اعتزلته فى المدة ولو بمرض لم تحسب مدة الاعتزال، قال الرافعى: والقياس أن يعاد ضرب المدة ثانيًا، أو ينتظر مضى ذلك الفصل من السنة المستقبلة.

وإن سافر الزوج فى أثناء المدة حسب؛ لئلَّا يتخذ ذريعة إلى إبطال حقها.

وقد بينا أن الفسخ على الفور، فإن أمهلته بعد المدة بطل حقها من الفسخ على الصحيح.

وإن رضيت بالمقام معه قبل ضرب المدة أو فى أثنائها لم يبطل حقها فى الفسخ على الأصح.

فإن رضيت بعد انقضاء السنة بطل حقها فى هذا النكاح، فإن طلقها رجعيًا ثم راجعها لم يعد حق الفسخ؛ لأنه نكاح واحد.

واعترض المزنى على تصوير الطلاق الرجعى؛ لأن الرجعة تعتمد العدة المستلزمة للوطء المزيل للعنة.

وأجيب بأن ذلك يتصور بإدخال الماء وبالوطء فى غير المأتى فيه فإنه تجب به العدة.

ولو أبانها ثم جدد النكاح عادت الحالة الأولى رجعة، فيثبت لها حق المطالبة بالفسخ على الأصح.

وتضرب المدة كما سبق، وقيل: لا يثبت؛ لأنها قد عرفت حاله، أما لو وطئها فى نكاح ثم طلقها ثانيًا ثم تزوجها وعنَّ عنها فإنه يثبت الخيار لها قطعًا لأنها نكحته الثانية وهى لا تعلم عنته.

وهذه المسألة قد قدمها فى الأصل فى أول الفصل.

وقوله فى «الحاوى»: وإن لم تعتزل رفعت إلى الحاكم وفسخت، إلى قوله: وإن طلق وراجع لا إن جدد، فيه أمور:

أحدها: قوله: «رفعت إلى الحاكم وفسخت» يعنى بعد المحاكمة واعترافه بأنه لم يطأها وهو مفهوم من قوله بعدُ: والقول الثانى: الوطء لا فى العنة لكنه لم يشترط لفسخها إذن الحاكم ولا بد منه، كما ذكره فى «الروضة» أنه الأصح.

الثاني: قوله: «لا إن رضيت» أراد بعد انقضاء السنة، أما فى أثنائها أو قبل ضرب المدة فالأصح أن رضاها لاغ.

الثالث: قوله: «وإن طلق رجعيًا لا إن جدده» أى لا إن جدد النكاح، لا يعنى أنه إذا جدد النكاح فسخ مكتفيًا بضرب المدة السابقة، بل لا بد من ضربها ثانيًا.

وقوله: وصدِّق نافى وطء لا إن ولدت ولم يلاعن أو شرطت بكارة لا لطلب مهر أو طلق للسُّنَّة أو تزوجت لتحل، وفى عُنة وإيلاء لا إن وجدت بكرًا أو طلب رجعة كمودع صدق فى دعوى تلف فإن غرمه مستحق لا يرجع على مودعه وكمدع مناصفة فى دار بيدهما يصدق ولا يشفع إن باع مدعى الكل نصيبه إلا ببينة.

أى: إذا تنازع الزوجان فى جريان الوطء صدق منهما من أنكر الوطء بيمينه وإن سلم له الخلوة؛ لأن الأصل عدمه إلا فى مسائل:

الأولى: إذا قالت: وطئتنى فلى المهر كله، وأنكر الزوج، فأتت بولد يلحقه ثبت النسب وترجح بذلك جانبها إذا لم يلاعن لنفيه ويكون القول قولها، ولا بد من يمينها؛ لأن ثبوت النسب لا يوجب تحقيق الوطء.

فإن حلفت استوفت المهر، فإن لاعن زال المرجح وصدق الزوج بيمينه.

الثانية: إذا شرطت البكارة ووجدت ثيبًا فقالت: وطئتنى، صدقت بيمينها لإسقاط الفسخ فقط لا المهر.

الثالثة: إذا قال: أنت طالق للسُّنَّة وهى طاهر، فقال: وطئتك فى هذا الطهر فلا تطلقين فيه، وقالت: لم تطأنى فيه - صدق الزوج لأن الأصل بقاء النكاح.

الرابعة: إذا تزوجت المطلقة ثلاثا وادعت الإصابة من الزوج وأنكر صدقت لتحل لا للمهر.

الخامسة والسادسة: إذا ادعى الزوج الوطء فى العنة والإيلاء صدق بيمينه على الأصح سواء كان سليمًا أو خصيًا أو مقطوع بعض الذكر إذا بقى منه قدر الحشفة.

فإن ادعت زوجة العنين والمولى البكارة وشهد لها أربع نسوة فإن القول قولها.

فلو صدقناه فى الوطء وطلق وأراد أن يراجع لم يكن له ذلك، وإن صدقناه لأجل الفيئة ونفى العنة؛ إذ لا يلزم من تصديقه للدفع عن نفسه تصديقه فى إثبات حق على غيره، وشبه ذلك بمسألتين:

إحداهما: إذا ادعى الوديع تلف الوديعة فى يده من غير تفريط، صدق بيمينه، ولم يكن للمالك مطالبته.

فلو خرجت مستحقة بعد التلف وغرم الوديع المصدق فى التلف لم يكن له أن يرجع على مودعه إلا ببينة.

الثانية: إذا كان فى يد اثنين دار فادعى أحدهما الكل والآخر أنها بينهما نصفين، صدقنا مدعى الشركة بيمينه، وقضينا لكل بنصفها.

فإذا باع مدعى الكل النصف الذى قضى له به لم يكن للآخر المصدق الشفعة، حتى يقيم بينة بالملك فى النصف الذى صدقناه فيه على الشركة.

فالجامع بين المسائل المذكورة أن كلا ممن صدق إنما صدق بيمينه للدفع عن نفسه.

ولا يلزم منه أن يثبت له بها حق على غيره.

وقوله فى «الحاوى»: والقول لنا فى الوطء... إلى آخره، يرد عليه ثلاث مسائل:

الأولى: إذا شرطت البكارة.

الثانية: ما إذا طلقها للسنة.

الثالثة: ما إذا تزوجت المطلقة ثلاثا وقد سبق شرحها.

وقوله: ووطء دبر كقبل لا فى حل وتحليل وإحصان ورجم موطوء وإذن بكر وعُنة وإيلاء وإعادة غسل بخارج ونظرةُ حرام، ولزوج عزل وكل تمتع.

أى: اعلم أن الوطء فى الدبر كالوطء فى القبل فى أكثر الأحكام، تفسد به العبادة ويوجب الغسل عليهما ويوجب الكفارة فى الصوم والحج وغيرهما ويثبت به النسب على الأصح فى افتراش الأمة والنكاح الفاسد.

وأما فى النكاح الصحيح فيثبت بمجرد إمكان الوطء.

ويجب به المهر فى النكاح الفاسد قطعًا ويستقر به المسمى فى النكاح الصحيح على المذهب.

ويخالفه فى أحكام الحل؛ لأن الوطء فى الدبر حرام من الزوجة وغيرها، وفى التحليل لمن حرمت على زوجها فإنها لا تحل بالوطء فيه.

وفى الإحصان فلا يحصل بوطء الزوجة فى الدبر إحصان؛ لأنه فضيلة فلا تحصل برذيلة.

ولا فى اعتبار إذن البكر بالنطق، ولا فى حل النظر؛ فإن النظر إلى فرج الزوجة يحل.

ولا يحل النظر إلى دبرها؛ لأنه ليس محلا للاستمتاع.

ولا فى الرجم فإن الموطوءة فيه للمحصن لا ترجم رجم الزانى، ولا يحصل به زوال العنة ولا فى الفيئة فى الإيلاء، وخروج منى الرجل منه لا يوجب الغسل، وفيه فى الفرج

تفصيل، وأيضًا فإن النظر إلى الدبر حرام بخلاف القبل فإنه مكروه فقط.

وللزوج أن يعزل عن امرأته سواء كانت حرة أو أمة أذنت أم لا؛ لحديث جابر - رضى الله تعالى عنه-: «كنا نعزل فبلغ ذلك النبى ﷺ فلم ينهنا»(١) لكن الأولى تركه.

وأطلق صاحب «المهذب»(٢) كراهته.

ويجوز للزوج أن يستمتع بامرأته كيف شاء فيطأها مقبلة ومدبرة، إذا كان فى الفرج، ويستمنى بكل عضو منها، وإن كان الاستمناء بيده حرامًا.

وقوله فى «الحاوى»: وإتيان الدبر كالقبل إلا فى الحل، إلى قوله: واستفراش الأمة - فيه أمران:

أحدهما: أنه يرد عليه مسائل:

الأولى: أنه لا يجب عليها إعادة الغسل بخروج منيه.

الثانية: أنه لا يجب بالوطء فيه الرجم.

الثالثة: أن النظر إليه حرام وهذه وإن لم تكن وطئًا فهى من توابعه؛ لأن واطئ الفرج يحل له النظر إليه ولا كذلك الدبر.

وقد عد ابن النحوى فى الواردات عليه خروج الدم من الدبر فإنه لا يعد حيضًا وهذا لا يرد عليه.

وكذلك الإسنوى أورده على الرافعى، والحق أنه لا يرد عليهما؛ لأنهما عبرا بالإتيان.

الثانى: أنه استثنى استفراش الأمة. والأصح فى «العزيز» و«الروضة» هنا وفى أوائل الطلاق أنه يحصل به الاستفراش كالوطء فى القبل، وحاول بعض شراحه تقديره ليجعله غير مستثنى وأنه فى الحكم كالقبل بكلام فيه تكلف وبُعْدٌ.

وقوله: وبوطء أمة فرع مهر وتعزير ونسب بحرية مع إيلاد وملكها بالقيمة إن كان حرًّا ولم تلد لابنه وإلا فقيمة الولد.

أى: ويجب بوطء الأصل كالأب والجد أمةَ فرعه، كابنه وبنته وأولادهما، مهر مثلها، ولا حد عليه؛ لتنزيله منزلة شبهة الملك، بقوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»(٣).

---

(١) أخرجه البخارى (٥٢٠٧)، (٥٢٠٨)، عن عبدالله بن عمرو.

(٢) فى أ: التهذيب.

(٣) أخرجه أحمد (٢/ ١٧٩، ٢٠٤)، وأبو داود (٣٥٣٠)، وابن ماجه (٢٢٩٢)، وابن الجارود عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده.
وأخرجه ابن ماجه (٢٢٩١)، والطحاوى فى شرح المعانى (٤/ ١٥٨) عن جابر بن عبد الله.

ويحرم على الفرع وطؤها بعد ذلك فإن كانت موطوءة للابن حرمت عليهما جميعًا.

ويجب على الأصل بوطئها التعزير؛ لارتكابه معصية لا حد فيها، فإن أحبلها فالولد حر نسيب.

وقيل: إن كان الأب رقيقًا ثبت النسب دون الحرية، والأصح أنهما يثبتان جميعًا.

ثم إن كان الأب حرًّا ملك الأمة قبيل سقوط مائه فى رحمها صيانة له، وصارت أم ولد له.

ويلزمه قيمتها لفرعه؛ لأنه أتلف عليه ملكه.

وإن لم يكن الأب حرًّا، أو كان حرًّا والأمة مستولدة للفرع فإنه لا يثبت له فيها الاستيلاد ولا الملك.

ولا تلزمه قيمتها بل تلزمه قيمة الولد لأنه إنما سقطت قيمته عن الحر بملكه للأم قبل الاستيلاد، والرقيق لا يملك والمستولدة لا تملك، ويرد عليه فى «الحاوى» هاتان المسألتان، فإنه أطلق سقوط قيمة الولد.

وقد ذكر فى «العزيز» و«الروضة» وجوب قيمة الولد على الرقيق حيث لم يملك الأم ووجوبها على الحر فى المستولدة أولى، واعلم أنه فى «الروضة» وكذا فى أصلها نقل عن الرويانى: أن وطء الأصل أمة فرعه المستولدة يوجب الحد، ولا يترتب عليه شىء من أحكام وطء الشبهة بل جعله كالزنى.

واعترض عليهما فى «المهمات»، وبين وجه لحوق المستولدة بغيرها إلا فى الاستيلاد وما يترتب عليه كما يقتضيه كلام «الحاوى».

وقوله: وبمشتركة فرع حصته وسرى إن كان موسرًا وإلا رق بعض ولده.

أى: وإن وطئ الأصل المشتركة بين فرعه وأجنبى فحصة الفرع يثبت فيها الاستيلاد، ويسرى إلى نصيب الشريك إن كان الأب موسرًا.

وينعقد الولد حرًّا كله، وعلى الواطئ المهر وقيمة الأمة لولده وشريكه.

وإن كان معسرًا لم يسر الاستيلاد إلى نصيب الشريك ولم يعتق نصيبه من الولد.

وقوله: وعلى الأقرب ثم وارث ثم وزع، إعفاف أصل حر عاجز ادعى شدة حاجة لا بأمة نكاحًا، ولا شوهاء، وإن ملك من لا تغنى كرتقاء وعجوز وبتعيينه إن قدر عوض وبموت وفسخ جدِّد كطلاق بعذر.

أى: ويجب إعفاف الأصل بأن يزوجه امرأة، أو يملكه سُرِّية، وهو مخير إما بأن يزوج بإذنه، أو يعين له امرأة، ويقول: تزوجها والصداق على، أو يملكه جارية أو يعطيه مهر

زوجة أو قيمة أمة، والخيار فى ذلك إلى الفرع.

فلو قال له: أعطيه سرية، لم يكن له أن يشترط زوجة ولا عكسه، ولا أن يعين شريفة.

نعم إن اتفقا على عوض مقدر من المهر أو القيمة للأمة كان للأصل أن يعين بنفسه، وهو المراد بقوله: «وبتعيينه إن قدر عوض».

وإنما يجب على أقرب فروعه إليه.

وإن اجتمع ابن وابن ابن وجب على الابن، وإن استووا فى القرب قدم الوارث كبنت الابن مع بنت البنت، فإن استووا فى القرب والإرث كالبنين والبنات وزع عليهم.

وإنما يجب إعفاف الحر، أما الرقيق فلا؛ لأن نكاحه لا يصح إلا بإذن سيده.

وبإذنه يتعلق المهر والنفقة من كسبه إن كان مكتسبًا أو بذمته إن لم يكن مكتسبًا، فلا يُعِفُّه فرعه.

وإنما يجب إعفافه إذا ادعى شدة الحاجة إلى النكاح ومشقة الصبر عنه أو خوف العنت.

ويكفى مجرد دعواه ولا يحلف: لأن التحليف لا يليق بحرمته، ولكنه لا يحل له ذلك إلا إذا صدق فى دعواه.

ولا يكفى أن يزوجه أو يُسَرِّيه شوهاء أو عجوزًا كما لا يطعمه طعامًا فاسدًا ولا يزوجه أمة على الأصح وإن خاف العنت؛ لأنه غنى بمال فرعه.

ويجب إعفافه وإن كان تحته زوجة لا تندفع بها حاجته، بأن كانت رتقاء أو صغيرة أو عجوزًا.

وعليه أن يجدد كلما ماتت أو فسخ النكاح بموجب منه أو منها.

أما الطلاق فإن كان بعذر كالشقاق والنشوز فله حكم الموت، وإن لم يكن له عذر لم يلزم التجديد لكونه هو المقصر.

وحيث أوجبنا التجديد بالطلاق وكان بائنًا جدد على الفور، وإن كان رجعيًّا لم يجب حتى تنقضى العدة.

وقوله: ولضيق قدّم فرع عصبة ثم أقرب ثم يقرع.

أى: إذا اجتمع أصلان وضاق ماله عن إعفاف الكل قدم العصبة منهما وإن بعد.

فيقدم أبو الأب على أبى الأم، وإن استويا فى العصوبة وعدمها قدم الأقرب، فيقدم أبو الأب وأبو الأم على أبويهما للقرب، وإن استويا فى القرب وعدم العصوبة كأبى أبى الأم وأبى أم الأم أقرع بينهما.

وقوله: وله حبس رقيقه عن زوج لا وقت نوم ليلاً ولو محترفة، وبهذا لسيدها مهر لا نفقة

وبوطءٍ استقر، وقبله يسترد بسفر بها، وسقط بقتل سيد كوطئه والزوج ابنه وبقتلها لا حرة نفسها وردتها.

أي: وللسيد حبس عبده وأمته عن مسكن زوج نهارًا وجزءا من الليل.

والمنصوص فى البويطى: أنه إلى مضى الثلث من الليل، كما قاله فى «المهمات» قال: ولكن سبق فى باب الإجارة من «الروضة» أنه إذا استأجر شخصًا للخدمة، أنه يمكث عنده من الليل ما جرت به العادة.

وقياس ذلك مراعاة العادة هنا.

ولو كانت الأمة المزوجة ذات حرفة، وقال الزوج: تحترف لكن فى بيتى، لم يلزم السيد إجابته؛ لأن له استخدامها فى غير ذلك، ولا تجب نفقة للأمة إلا إذا سلمها ليلاً ونهارًا.

وأما المهر فلا يجب تسليمه إلا إذا سلمت إليه، وهل يكفى للمهر أن يسلمها ليلاً وقت النوم فقط؟ وجهان:

الأصح الذى صححه ابن الصباغ والرافعى فى «الشرح الصغير» والنووى فى «الروضة» من زياداته: أنه يكفى، ويجوز للسيد أن يسافر بعبده المزوج وأمته المزوجة، لكن إذا سافر بها قبل الوطء فللزوج استرداد المهر، ذكره فى «العزيز» و«الروضة»، وأما بعد الوطء فقد استقر ولزم، وصار للسيد أن يطالب به سافر بها أم لا.

وإنما قال: وله حبس رقيقه؛ ليشمل العبد والأمة فإنه كما يجب تخليتها ليلاً لزوجها يجب تخليته كذلك ليستمتع بزوجته، ومهر كل أمة لسيدها كسائر منافعها.

وسيأتى فى باب الصداق أنه يستقر بالوطء والموت قبل الدخول فلا حاجة إلى ذكره هنا.

نعم مهر الأمة يسقط بقتلها نفسها، وبقتل السيد لها، لا بقتل غيرهما.

وأما الحرة إذا قتلت نفسها فلا يسقط مهرها.

والفرق أن الحرة كالمُسَلَّمة إلى الزوج بالعقد، بدليل أن له منعها من السفر بخلاف الأمة.

وأيضًا أن الحرة إذا قتلت نفسها غنم الزوج بالإرث، فوجب أن يغرم المهر، ولا إرث من الأمة فلا غرم.

ويسقط مهر الأمة بارتدادها قبل الدخول كالحرة.

ويسقط أيضًا مهر الأمة بوطء السيد لها قبل الدخول إذا كان الزوج ابنه؛ لأنه ينقطع

بذلك نكاحها فيسقط مهرها كما لو قتلها.

وقوله فى «الحاوى»: وإن زوج أمته واستخدمها نهارًا ولا نفقة إذًا، وللزوج إخراجها ليلاً لا نهارًا ولو محترفة، والمهر للسيد وبالدخول لزم تسليمه ويسترد قبله - فيه أمور:

أحدها: أنه خص الأمة بوجوب تخليتها للزوج ليلاً، والعبد كالأمة فى ذلك يجب تخليته ليستمتع بزوجته ليلاً.

الثانى: أنه جعل استخدام السيد للأمة نهارًا يسقط نفقتها، والمسقط لها هو الحبس عن الزوج لا الاستخدام.

ألا تراه لو سلمها إلى الزوج ليلاً ونهارًا وقال لها وهى ذات صنعة: اعملى فى وقت اشتغال الزوج عن الاستمتاع، لما كان ذلك قادحًا فى خدمته[1]، وإن خدمته فى وقت اشتغال الزوج عنها ليلاً ونهارًا؛ لأن الزوج لا يستحق خدمتها، كالحرة لا تمنع من صنعتها فى بيت الزوج عند غفلة الزوج عنها.

ولو قال للزوج: تقعد فى بيتى وأنا أسلمها إليك كل وقت أردت الاستمتاع بها فيه، لم تستحق بهذا التسليم نفقة.

الثالث: قوله: وللزوج إخراجها ليلاً لا نهارًا، مقتضاه أن له إخراجها بغروب الشمس، والذى نص عليه الشافعى - رحمه الله تعالى - فى «البويطى»: أنه من بعد الثلث الأول والنظر إلى العادة التى ينقطع فيها الاستخدام ويتفرغ للنوم.

الرابع: قوله: وبالدخول لزم تسليمه، مقتضاه أنه قبل الدخول لا يلزم تسليمه وليس كذلك، بل المقطوع به فى «الروضة» وأصلها أن السيد إذا سلمها ليلاً ونهارًا لزم تسليم المهر والنفقة، وأنه إذا سلمها بالليل دون النهار فالأصح سقوط النفقة ووجوب تسليم المهر كما بيناه.

الخامس: قوله: وقبله يسترد، مقتضاه أنه يسترد قبل الدخول مطلقًا وليس كذلك، بل إنما يسترد قطعًا إذا سافر بها قبل الدخول.

وأما إذا حبسها زمن الخدمة وخلاها ليلاً فالأصح أن المهر لا يسترد.

السادس: أنه ذكر عقيب هذا ما يناقض قوله: وقبله يسترد، وهو قوله: «وإن باعها أو أعتقها أو أوصى لها بالمهر بقى النكاح والمهر للبائع والمعتق والعتيقة، ولا حبس لأحد»،

---

(١) فى ط: نفقتها.

فاشترط فى إسقاط حق الحبس البيع والعتق.

وعلله الشارحون بما علله الرافعي وغيره، فقالوا: أما البائع فلخروجها عن ملكه، وأما المشترى فإنه لا يملك المهر، فمقتضاه أن له الحبس لو لم يبع فكيف يسترد منه ما يستحق الحبس لأجله.

ولا فرق بين الحرة والأمة فى حق الحبس قبل الوطء، فإن الحرة لا يجب تسليم المهر إليها إلا بتسليم نفسها، كما سيأتى فى باب الصداق.

والذى فهمه صاحب «التعليقة» والقونوى من كلام «الحاوى»: أن مهر الأمة يسترد قبل الدخول مطلقًا، وبينه وبين ما فى الرافعي و«الروضة» تباين، بل للسيد المطالبة به إن لم يكن قد سلم.

واعلم أن صاحب «المهمات» استشكل حل استخدام السيد المزوجة[1]، وقال: نظره إليها حرام كالنظر إلى الأجنبية، وقد منعوا - على الأصح - لذلك جواز إعارة الأمة من غير محرم للخدمة.

قال: والمدرك فى هذا واحد. انتهى.

قلت: الصحيح فى «الروضة» حل نظر السيد إلى ما فوق السرة وتحت الركبة من الأمة المزوجة، وعلى فرض أن النظر إليها حرام فالتسوية بين أمته المزوجة والمستعارة للخدمة بعيد.

والفرق بينهما ظاهر، وذلك أن النظر والخلوة ليسا من لوازم الخدمة ولكنه مخوف معها، فالتحريم به محل تردد؛ فلذلك لم يُحِلُّوا معه ما الأصل تحريمه من استخدام أمة الغير ولم يحرموا معه ما الأصل تحليله من استخدام السيد أمته؛ عملا بالاستصحاب، وجريًا على قواعدهم المعهودة.

وقوله: ولمن باع أو أعتق مزوجة مهر وجب بالعقد ولا حبس لأجله وإن صار للعتيقة، وما وجب بوطء أو فرض فلمن وجب فى ملكه.

أى: إذا باع السيد أمته المزوجة أو أعتقها وقد وجب لها بالعقد مهر فهو له، سواء جرت تسميته صحيحة أو فاسدة إذا كان العقد صحيحًا.

فبالتسمية الصحيحة يجب المسمى، وبالفاسدة يجب مهر المثل بالعقد فى المسألتين. لكنه بعد البيع والعتق لا يستحق حبسها عن الزوج لتسليم المهر كما يستحق قبل

---

(١) فى أ: الزوجة.

البيع.

أما البائع والمعتق فلخروجها عن ملكهما.

وأما المشترى؛ فلأنه لم يملك المهر، ولو صار هذا إلى العتيقة بأن أوصى لها السيد بصداقها لم يكن لها أيضًا حق الحبس؛ لأنها ملكته بغير النكاح.

وأما إذا وجب مهر المثل بغير العقد، كما إذا كان النكاح فاسدًا ووطئ، فإن المهر يجب بالوطء لا بالعقد، كالمفوضة ليس لها مهر لكن يجب لها بالفرض ما فرض وبالوطء مهر المثل، ويكون المهر فيهما لمن وطئ العاقدُ أو من فرض فى ملكه.

فإن جرى ذلك فى ملك البائع فالمهر له، وإن جرى ذلك فى ملك المشترى فالمهر له.

وللمشترى حبسها لأجل المهر الذى وجب بالفرض فى ملكه. وكذا إذا فرض للعتيقة أو وطئت فى نكاح التفويض بعد العتق، كان المهر لها ولها حبس نفسها للمفروض.

وقد يفهم من قوله فى «الإرشاد»: لمن فرض فى ملكه وأن النكاح لا ينفسخ بالبيع والعتق؛ لأن الفرض لا يصح فى ملك المشترى إلا فى نكاح باقٍ.

وقوله فى «الحاوى»: وإن باعها أو أعتقها أو وصى لها بالمهر بقى النكاح والمهر للبائع والمعتق والعتيقة، ولا حبس لأحد، وفى النكاح الفاسد مهر المثل للمشترى إن وطئ بعده وللبائع إن وطئ قبله - فيه أمران:

أحدها: أن كلامه يقتضى أن المهر فى النكاح الصحيح للبائع مطلقًا، والأظهر أن المفروض بعد البيع فى نكاح المفوضة للمشترى.

قال فى «الروضة»: وهل المفروض أو مهر المثل للبائع أو للمشترى؟ فيه طريقان:

أصحهما: على وجهين؛ بناء على أن الوجوب بالفرض أو الدخول أم يتبين بهما الوجوب بالعقد؟ وفيه قولان: أظهرهما الأول، فإن قلنا بالأول فهو للمشترى، هذا لفظه.

الثانى: قوله: «ولا حبس لأحد» ليس على إطلاقه بل للمشترى الحبس للمفروض فى ملكه، وكذا للعتيقة لأنهما استحقاه بالنكاح.

وقوله: وفى عتق أمة لا عبد على نكاحها شرط قبول ولزمت القيمة لا الوفاء، وصح إصداقها إياها إن علمت.

أى: وإذا أعتق السيد أمته على أن تنكحه، والضمير فى قوله: «على نكاحها» يعود على الأمة.

وفيه دليل على المحذوف فى قوله «لا عبد» أى على نكاحه.

فإذا قال السيد: أعتقتك على أن تنكحينى أو على أن أنكحك، اشترط لعتقها قبولها؛

لأنه معاوضة، فإذا قبلت عَتَقَتْ ووجب له عليها قيمتها لأن النكاح لا يثبت فى الذمة، فلا يصلح أن يكون عوضا ولم يعتقها مجانًا، ولا يلزمها الوفاء لما ذكرناه.

ولو أعتقت المرأة عبدها على نكاحه إياها لم يشترط قبوله على الأصح، ولم تلزمه القيمة؛ لأنها لم تعتقه[١] على عوض، بل ضمت إلى العتق بذل نفسها له، فهو كما لو قالت: أعتقتك على أن لك على ألفًا، فإنه يعتق ولا يلزمها شيء.

ولو تزوج السيد الأمة هذه بما يستحقه عليها من القيمة نظرت: فإن كانت القيمة مجهولة لهما أو لأحدهما فسدت التسمية وصح النكاح بمهر المثل، وإن علماها صحت التسمية والنكاح.

وقوله: ولا يضمن أب زوج وسيد أذن ولم يحبسه مهرًا ونفقة، وبذمة عبد ما زاد فى مهر أذن.

أى: ولا يضمن الأب المهر والنفقة إذا زوج ابنه الصغير بل ذلك فى ماله.

وكذلك السيد إذا أذن لعبده أن يتزوج لا يكون ضامنًا للمهر والنفقة، بل ذلك فى كسبه وتجارته، كما سبق بيانه فى البيوع.

بل لو أذن له بشرط الضمان لم يصر ضامنًا؛ لأنه ضمان ما لم يجب.

نعم لو حبسه عن الاكتساب باستخدام أو سفر ونحوه لزمه أقل الأمرين من الأجرة ومؤن الزوجية.

فإن أذن له السيد أن ينكح بمائة فنكح بمائتين تعلقت مائة بكسبه ومائة بذمته؛ لأنها غير مأذون فيها.

واعلم أنه فى «الحاوى» ذكر فى هذا الموضع المهر الفاسد والسفر بالعبد، وقد تقدم ذكر المهر الفاسد فى «الإرشاد» فى صدر فصل الخيار، وذكر سفر العبد قبل هذا بقليل.

فسخ النكاح بالملك

وقوله: ومن ملك ولو بعض زَوْجِهِ انفسخ نكاحه، وقبل وطء سقط مهر المالكة، ولها شراؤه به إن وطئ وضمن سيده.

أى: إذا ملك أحد الزوجين الآخر أو بعضه انفسخ النكاح؛ لأن النكاح يوجب الطاعة على الزوجة والإنفاق على الزوج، فإذا ملكته وجب عليه طاعتها ووجب عليها الإنفاق عليه، فيتناقضان فأسقط الأقوى - وهو الملك - الأضعف وهو النكاح.

---

(١) فى أ: تعقد.

وإذا كانت المرأة هى المالكة لزوجها نظرت:

فإن كان قبل أن يطأها سقط المهر كله؛ لحصول الفراق من جهتها، وأما الرجل إذا ملك زوجته وانفسخ النكاح فإن المهر لا يسقط، بل يتشطر قبل الدخول.

والفرق بينها وبين ما قبلها أن الفرقة هنا حصلت بفعل الزوج والسيد فغلب جانب الزوج كالخلع، وهناك لا شركة للزوج فى سبب الفراق.

أما إذا ملك أحدهما الآخر بعد الوطء فلا يسقط المهر؛ لاستقراره، فيبقى على الأصح فى ذمة العبد الذى ملكته الزوجة إلى العتق.

ويجوز للمرأة أن تشترى زوجها بما تستحقه من المهر بشرطين:

أحدهما: أن يكون قد وطئ؛ لأنه يستقر بذلك.

والثانى: أن يكون قد ضمن به عنه السيد، فإذا ملكته به برئت ذمة السيد من الضمان ولم يرجع بما أدى على العبد إذا عتق، كما لو ضمن عنه دينًا آخر وأداه فى رقه.

ولو اشترته به قبل الوطء لم يصح الشراء؛ لأنها إذا ملكته سقط المهر، وإذا سقط عرى الشراء عن الثمن فيبطل، وما أدى ثبوته إلى إبطاله بطل.

ولو لم يضمنه السيد لما صح البيع؛ لأن ملك العبد له، والصداق مستحق على غيره.

وقوله: ولو ملكها أو بعضها بإرث فالمهر تركة.

أى: إذا تزوج أمة مورثه كأخيه وأبيه ثم مات وورثها كلها بأن كان حائزًا أو بعضها إن كان غير حائز، فإن مهرها كله إن كان قد دخل بها، أو نصفه إن لم يكن قد دخل بها، يكون تركة؛ لأنه مال الهالك.

وإن احتيج إليه لقضاء دين أو تنفيذ وصية فذاك وإلا سقط إن كان الزوج حائزًا.

وإن لم يكن حائزًا [سقط نصيبه والباقى فى الورثة وإنما اقتصر فى «الحاوى» على البعض؛ لأنه إذا كان حائزًا][(١)] فلا مشارك له، ولكن قد يكون عليه دين أو وصاية، فتظهر فائدة التنبيه على أنه تركة.

ولهذا ذكر ملك الكل والبعض فى «الإرشاد».

وقوله: وحلفت مدعية محرمية لم ترضه، وحلف هو لراضية اعتذرت، ولسيد ادعى حجرًا أو عقد وكيل فى إحرامه.

أى: وإذا ادعت الزوجة أنها محرم للزوج برضاع مثلاً أو وطء أبيه أو ابنه بشبهة أو نكاح نظرت:

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

فإن لم يصدر منها رضًا به حال العقد بأن كانت مجبرة، أو أذنت فى النكاح من غير معين ولم ترضَ بعد العقد - كان القول قولها، فتحلف ويفرق بينهما.

وإن رضيت به حال العقد أو كانت مجبرة أو أطلقت الإذن وهى غير مجبرة ولكن رضيت به بعد العقد، بالنطق أو بالتمكين لم تسمع دعواها لأن رضاها أو تمكينها إياه من الوطء مناقض لدعواها.

فإن ذكرت عذرًا كنسيان أو غلط سمعت دعواها، ليحلف الزوج فقط.

وإذا ادعى سيد الأمة فقال: زوجتها وأنا محجور على بصبا أو جنون أو سفه، لم يقبل إلا ببينة والقول قول الزوج فيحلف.

وكذلك إذا قال: عقد وكيلى وأنا محرم، لم يقبل إلا ببينة فيحلف الزوج.

[وقوله فى الحاوى: «ودعوى الراضية محرمية بلا عذر لا يقبل، ومن المجبرة ودعوى الجنون والصبا وعقد الوكيل فى إحرامه حلف الزوج» فيه أمور:

أحدها: قوله: «ودعوى الراضية» أراد به التى رضيت بالنكاح؛ لأنه جعلها نقيض المجبرة عليه، لكنها لو رضيت بالتزويج وأذنت فيه بغير معين، وقلنا بالأصح أنه يجوز، فزوجها من رجل فهذه كالمجبرة؛ لأنها رضيت بالتزويج ولم ترض بالزوج.

الثانى: أنه قطع بأن المجبرة لا يكون القول قولها، بل قول الزوج، والأصح الذى قال به معظم الأصحاب أن القول قولها، فتحلف هى ويفرق بينهما.

الثالث: أن المجبرة ونحوها رضيت بعد العقد والكمال أو مكنت من الوطء، فلها حكم الراضية فى العقد. ذكره فى الروضة وأصلِها فى أواخر الباب فقال: إذا ادعت المنكوحة أنها زوجت بغير إذنها - وهى معتبرة الإذن - ففى فتاوى البغوى أنه لا يقبل قولها بعدما دخلت عليه وأقامت معه، وكأنه جعل الدخول بمنزلة الرضا. قال فى المهمات فى هذه المسألة: قد أعادها الرافعى فى آخر كتاب الرجعة، وجزم بالقبول مطلقا من غير تفصيل ولا عَزْوٍ إلى ناقل، وفرَّع عليها بأنها لو رجعت وقالت: كنت رضيت، ففى قبول رجوعها وجهان، المنصوص أنه لا يقبل][1].

* * *

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

باب الصداق[1]

وقوله: باب: الصداق لا فاسده، كالثمن، ولها ولولى ناقصة حبس لتسليمه، لا إن أُجِّل وينفق.

أى: الصداق وهو ما وجب للمرأة بالعقد والوطء، ويسمى الصدقة والأجرة والمهر والعُقْر والعليقة -

---

(١) «الصداق» لغة: هو اسم مصدر لـ (أصدق) ومصدره: الإصداق، مأخوذ من (الصدق) بكسر الصاد؛ لإشعاره بصدق رغبة باذله فى النكاح الذى هو الأصل فى إيجابه.
وقيل: من (الصدق) بفتحها، اسم للشىء الصلب -بفتح الصاد- أى: الشديد؛ فكأنه أشد الأعواض لزومًا من جهة عدم سقوطه بالتراضى، ويجمع فى القلة على: أصدقة وصدقات.
قال فى الخلاصة:
فى اسم مذكر رباعى بمد ... ثالث أفعلة عنهم اطرد
وزاد سيبويه على جموع القلة المذكورة فى قوله: أفعلة: أفعل، ثم فعلة ثم أفعال جمعى التصحيح، وفى الكثرة على صدق -بضمتين- قال فى «الخلاصة»:
وفعل لاسم رباعى بمد ... قد زيد قبل لام إعلالا فقد
ويقال فيه: صدقة بفتح فتثليث، وبضم أو فتح فسكون وبضمهما، وجمعه: صدقات.
وقيل: هو ما وجب بنكاح، أو وطء، أو تفويت بضع قهرًا: كرضاع، ورجوع شهود، سمى بذلك لإشعاره بصدق رغبة باذله فى النكاح الذى هو الأصلُ فى إيجاب المهرِ.
وله ثمانية أسماء: الصَّدَاق، والمهر، والنحلة، والفريضة، والأجر، والعقر، والحباء، والعلائق، ونظمها فى «المطلع»:
صداق، ومهر، نحلة وفريضة ... حباء وأجر ثم عقر علائق
ونظمها العلامة القليوبى بقوله:
أسماء مهر مع ثلاث عشر ... مهر صداق طول خرس أجر
عطية حباء علائق نحلة ... فريضة نكاح صدقة عقر
وكلها مذكورة فى الكتاب والسنة على صاحبها أفضل الصلاة وأتم التسليم.
ومما ورد فى أسماء الصداق:
عقر: قول سيدنا عمر -رضى الله عنه-: «لها عقر نسائها»، وقولهم: «الوطء لا يخلو عن عُقر أو عقر».
ومن ذلك أيضًا: عليقة: قولهﷺ: «أدُّوا العلائق». قالوا: وما العلائق يارسول الله؟ قال: «ما تراضى به الأهلون».
ومما ورد فى إطلاق «نكاح»: قال تعالى: ﴿وَلْيَسْتَعْفِفِ ٱلَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا﴾ [النور: ٣٣].
وأطلق عليه أيضًا: «طول» ومنه قوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا﴾ [النساء: ٢٥].
وقيل: الصداق ما وجب بتسمية فى العقد. والمهر: ما وجب بغير ذلك.
يقال: أصدقت المرأة ومهرتها وأمهرتها، نقلهما الزجاج وغيره وأنشد الجوهرى قول القحيف العقيلى مستشهدًا على ذلك:
أخذن اغتصابًا خطبة عجرفية ... وأمهرن أرماحًا من الخط ذبلا
قلت: والمعنى الاصطلاحى لا يخرج عن المعنى اللغوى.

له حكم الثمن من حيث إن ما جاز أن يكون ثمنًا فى البيع جاز أن يكون صداقًا فى النكاح وإن قل.

وما لا يجوز أن يكون ثمنًا مما لا يتمول من الحشرات وجميع ما ذكر فى البيع لا يجوز أن يكون صداقًا.

وفى الضمان حكمه حكم الثمن على الجديد، ولا يجوز التصرف فيه قبل القبض.

ويجوز الاعتياض عنه، وعلى القديم يضمن ضمان اليد فيكون حكمه حكم المستعار والمستام، وليس هو كالثمن من كل وجه، فإن الثمن ركن فى البيع يفسد العقد بفساده.

والنكاح لا يفسد بفساد الصداق[1]، وكما يجوز للبائع حبس المبيع يجوز لها حبس نفسها للصداق.

فإن كانت صغيرة أو أمة فلوليها وسيدها حبسها.

وإن رأى ولى الصغيرة المصلحة فى ترك الحبس تركه.

ولهذا لم يقل: وعلى ولى الناقصة.

ولا يحبس بثمن ولا بصداق عُقِدَ به مؤجلا وإن حل على الأصح.

وتجب لها النفقة فى مدة الحبس؛ لأن التقصير من الزوج لا منها.

وقوله: ولنزاع وضع عند عدل ثم أجبرت وإن بادر لم يرجع كرشيدة بعد وطء طوعًا.

---

(١) إذا ثبت هذا: فالمستحب أن يسمى الصداق فى العقد، لما روى أن النبى ﷺ «لَمْ يَتَزَوَّجْ أَحَدًا مِنْ نِسَائِهِ - رضى الله عنهن - وَلاَ زَوَّجَ أَحَدًا مِنْ بَنَاتِهِ - رضى الله عنهن - إلاَّ بِصَدَاقٍ سَمَّاهُ فى الْعَقْدِ».

وحديث المرأة التى جاءت النبى ﷺ فقالت: يا رسول الله؛ قد وهبت نفسى منك، فصعد النبى ﷺ بصره، ثم صوبه، ثم قال: «ما لى إلى النساء من حاجة»، فقام رجل فقال: زوجنيها يا رسول الله، فقال ﷺ: «ما تصدقها؟» قال: إزارى. قال: «إن أصدقتها إزارك جلست ولا إزار لك؛ التمس ولو خاتمًا من حديد»، فالتمس ولم يجد، فقال النبى ﷺ: «أمعك شىء من القرآن؟» قال: نعم، سورة كذا وسورة كذا، فقال ﷺ: «زوجتكها بما معك من القرآن».

ولأنه إذا زوجه بالمهر كان أقطع للخصومة.

فإن عقد النكاح بغير صداق انعقد النكاح لقوله - تعالى -: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾ [البقرة:٢٣٦] الآية، فأثبت الطلاق من غير فرض، والطلاق لا يقع إلا فى نكاح صحيح.

وخبر الرجل الذى تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقًا؛ فلما حضرته الوفاة أعطاها عن صداقها سهمه بخيبر.

ولأن المقصود فى النكاح أعيان الزوجين دون المهر؛ ولهذا يجب ذكر الزوجين فى العقد، وإنما العوض فيه تبع بخلاف البيع؛ فإن المقصود فيه العوض؛ ولهذا لا يجب ذكر البائع والمشترى فى العقد إذا وقع من وكيليهما.

أى: وإذا طالب كل من الآخر بما يستحقه فقالت: لا أمكن حتى تسلم، وقال: لا أسلم حتى تمكنينى - أجبره الحاكم على وضع الصداق عند عدل.

ثم يجبرها على التمكين، فإذا مكنت سلمها العدل إليها، أما إذا بادر الزوج بتسليم الصداق إليها وامتنعت من التمكين لم يكن له استرداده على الأصح.

وإن بادرت وسلمت نفسها، نظرت: فإن كانت رشيدة ووطئها وهى مختارة لم يكن لها حبس نفسها عنه بعد ذلك.

كما إذا تبرع البائع بتسليم المبيع لم يستحق الحبس بعد ذلك، وأما إذا كانت مجنونة أو صغيرة وسلمها الولى ثم بلغت أو أفاقت بعد التسليم، فالأصح أن لها حبس نفسها، وكذلك إذا وطئ الرشيدة مكرهة.

[وقوله فى الحاوى: «الصداق كالثمن» إلى قوله: «لا هى بعد الوطء»، فيه أمور:

أحدها: «الصداق كالثمن» ليس هو كالثمن من كل وجه؛ فإن الثمن ركن فى البيع يفسد العقد بفساده، وقد استثناه فى الإرشاد بقوله: لا فاسده.

الثانى: قوله: «ومن بادر أجبر الآخر وإن امتنع رجع» مقتضاه تمكين الزوج من الرجوع إلى الصداق إذا بادر وامتنعت، وهذا لا يأتى إلا على الوجه الضعيف الذى يقول بإجبار الزوج أولاً على تسليم الصداق، وأما إذا قلنا: لا يجبر أولاً، فلا يأتى، بل ذكر فيه فى العزيز والروضة خلاف الأصح أنه لا يرجع.

الثالث قوله: «لا هى بعد الوطء» مقتضاه أن الصغيرة والمجنونة إذا سلمها الولى ووطئت أنها لا ترجع إذا كملت، والأصح أنها ترجع، وكذا المكرهة ترجع على الأصح إن وطئت][1].

وقوله: وتمهل لتطيق وإلى ثلاث لتنظف فقط.

أى: إذا سلم الزوج الصداق وكانت المرأة مريضة لا تطيق الجماع واستمهلت أمهلت حتى تطيق.

وكذا إذا استمهل ولى الصغيرة، ويكره له تسليمها فى هذه الحالة، ولا يجوز للزوج وطؤها حتى تطيق.

وإن عرضت عليه لم يجبر على قبولها؛ لأن غرضه الاستمتاع بها لا الحضانة، بخلاف المريضة، فإنه يلزمه قبولها كما لو مرضت معه لا يجوز له إخراجها.

ولو طلب العاجزة وقال: لا أطؤها، لم يلزم إجابته فى الصغيرة وفى المريضة وجهان.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

وإذا استمهلت للتنظف والاستحداد بعد تسليم الصداق وجب إمهالها، على ما يراه الحاكم من يوم إلى يومين إلى ثلاثة أيام، ولا يزيد عليها.

ولا تمهل لغير ذلك من تهيئة الجهاز، وانتظار السِّمَن والطهر من الحيض أو النفاس، بل يجب تسليمها إليه لسائر الاستمتاعات.

وقوله: وتقرر بوطء وإن حرم وموت.

أى: ويتقرر كمال المهر الواجب بالعقد والمفروض بالوطء، سواء كان فى طهر أو حيض أو إحرام أو حل.

ويتقرر أيضًا بموته أو موتها؛ لأن به ينتهى النكاح ولا يبطل بدليل التوارث.

نعم لو قتل السيد أمته أو قتلت نفسها، فقد سبق أن الصداق يسقط، فهو مستثنى من الموت.

ويفهم من اشتراط الوطء أن الخلوة وسائر الاستمتاعات واستدخال الماء لا يقرره.

وقوله: وبفاسده مهر مثل، كزوِّجنى بما شاء وجهل وبخمر وشرط خيار فيه أو إعطاء أب كذا، وبأقل من معين أو مهر مثل لمطلقة بإذن، ونحو مجبرة وبأكثر لابن من ماله أو بأمه، ولنسوة بألف لهن كخلع وكذا بتعذر كمصدق تعليم فارق.

أى: والصداق كالثمن لكن يجب بفاسده مهر المثل، فإذا تزوجها بما لا يملك كالمغصوب وبالخمر والحر وجب مهر المثل.

ولو تلف الصداق قبل القبض انفسخ فيه خاصة، ووجب مهر المثل؛ لأن الجديد أنه يضمن ضمان العقد لا اليد.

وإذا أذنت للولى أن يزوجها بما شاء الخاطب ففعل، نظرت: فإن قال قبل العقد: شئت مائة، فزوجه بها انعقد النكاح بالمسمى، وإن لم يعلمه بما شاء قبل العقد فزوجه به جاهلاً فسد، ووجب مهر المثل وإذا شرط فى المهر الخيار وجب مهر المثل.

وإذا شرط على الزوج بذل شىء للولى نظرت: فإن قال الولى: زوجتكها بألف على أن لى عليك ألفًا؛ فسد الصداق قطعًا.

ولو قال: على أن تعطينى ألفًا، بطل أيضًا على الأظهر، والقول الآخر يحمل قوله: «على أن تعطينى ألفًا» للزوجة فيكون الصداق ألفين.

وإذا قالت له: زوجنى بألف، فزوجها بخمسمائة، فالأصح أن النكاح يصح بمهر المثل.

ولو أذنت للولى فى النكاح مطلقًا من غير تعيين صداق، وقلنا بالأصح أنه يصح فزوجها

بدون مهر المثل انعقد بمهر المثل.

وكذا إذا زوج بنته المجبرة أو السفيهة بدون مهر المثل، أو زوج ابنه الصغير بأكثر من مهر المثل من مال الصغير فإنه ينعقد فيهما بمهر المثل.

ولو ملك أم ابنه الصغير فزوجه بامرأة وجعل أمه صداقها انعقد بمهر المثل؛ لأنه لو صح كونها صداقًا لدخلت فى ملكه أولاً، وإذا دخلت فى ملكه عتقت وامتنع كونها صداقًا، وما أدى ثبوته إلى إبطاله بطل.

فإن قيل: فلم جوزتم أن يزوج بأكثر من مهر مثلها إذا لم يكن من ماله، وقد قلتم: إنه يدخل فى ملكه أولاً، فإذا دخل فى ملكه اقتضى أنه لا يصح بأكثر من مهر المثل.

قلنا: هذا وجه لبعض الأصحاب، لكن الأصح خلافه؛ لأنا إذا أبطلنا المسمى رجع المال إلى مالكه ولزم الصغير مهر المثل ولا مصلحة له فى إبطاله.

وكذلك إذا زوج نسوة من رجل بألف، إما بالوكالة من الأولياء أو كن عتيقات له أو بنات ابن مختلفات الآباء، أو عقد له أولياؤهن معًا فسد الصداق على الأصح.

وعلله فى «العزيز» بأن تعدد العاقد يوجب تعدد العقد والصداق مجهول فى كل عقد، ومخالعة النسوة بألف كنكاحهن به.

واحترز بقوله: «لهن»، مما إذا زوج السيد أمتين بألف فإنه يصح؛ لأن المال للسيد لا لهن.

وكذلك إذا تعذر استيفاء الصداق إذا زوجها على أن يعلمها القرآن أو صنعة، ثم طلقها ولو رجعيًّا أو مات أو ماتت وجب مهر المثل، وهذا إذا اشترط تعليمها بنفسه.

ولا بد أن يكون القدر الذى جعله صداقًا معلومًا كسورة كذا أوالقرآن كله.

وكل صنعة يجوز تعليمها، يجوز جعلها صداقًا إذا وجدت شروط الإجازة[1].

---

(١) ويصح أن تكون منفعة الحر صداقًا: كالخياطة والبناء وتعليم القرآن وما أشبه ذلك مما يصح استئجاره عليه، وبه قال مالك - رحمه الله - إلا أنه قال: يكره ذلك.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله -: لا يصح.

دليلنا: قوله - تعالى -: ﴿إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ﴾ [القصص: ٢٧] فذكر أن الرعى صداق فى شرع من قبلنا، ولم يعقبه بنكير. وزوج رسول الله ﷺ المرأة التى وهبت نفسها من رسول الله ﷺ للذى خطبها بما معه من القرآن، وتقديره على تعليم ما معه من القرآن؛ لأن القرآن لا يجوز أن يكون صداقًا، ولأن كل منفعة جاز أن تستحق بعقد الإجارة جاز أن تستحق بعقد النكاح كمنفعة العبيد والأرض.

أما إذا التزم التعليم فى ذمته فإن ذلك غير متعذر؛ لأنه يمكنه أن يستأجر من يعلمها من المحارم والنساء وغير ذلك من زوج وصبى.

[وقوله فى الحاوى: «وموجب فساد بألا يملك» إلى قوله: «ودون المأمور ومهر المثل إن أطلق» فيه أمور:

أحدها: قوله: «كنكاح وخلع نسوة بعوض» يرد عليه ما إذا زوج السيد أمتين من عبد بألف فإن النكاح يصح بالمسمى لاتحاد المستحق، كما لو باعها بألف، فإن قيل: لا يرد على المصنف لأن النسوة جمع - فالجواب: أن الاعتراض على المعنى لا على اللفظ؛ لأن حكم النسوة والمرأتين فى هذه الصورة واحد.

الثانى: قوله: «كان أصدق تعليم القرآن فبانت» قال ابن النحوى رحمه الله: يرد عليه ما إذا طلق رجعيًّا؛ فإن الحكم واحد، فلو قال: ففارق، ليشمل الكل، قلت: وقد يقال: إن مهر المثل يتعين فى حق من بانت، وأما الرجعية فإنه قادر على أن يراجعها فلا يجب عليه إلا التعليم، فلا يعترض عليه، وهو مردود؛ فإن من دبرت عبدًا لصداق أو أجرته ثم طُلقت قبل الدخول تطالب بقيمة النصف وإن كان الرجوع إلى النصف غير متعذر، وينقطع به المطالبة، ولا يقال يرجع إلى النصف إذا انفك ويرد القيمة.

الثالث: أنه عد فيما يفسد به النكاح العقد بدون المأمور ودون مهر المثل عند الإطلاق، والأصح الذى قطع به العراقيون كما نقله النووى فى الروضة: صحة النكاح فى المسألتين بمهر المثل، وقال فى المهمات: كلام النووى يشعر بالصحة؛ لأن نقل العراقيين مقدم على نقل الخراسانيين، لا سيما والعراقيون متفقون، وغيرهم متردد، فاجتمع قطع العراقيين وبعض الخراسانيين، ثم اعترض على النووى فى كونه وافق الرافعى فى موضع آخر][1].

وقوله: وفسد نكاح بشرط خيار وطلاق وتحريم وألا تطأنى قادرة، وإصداق كل بضع الأخرى وحرة رقبة زوج.

اى: ويفسد النكاح بشرط الخيار فى النكاح، وأما بشرط الخيار فى الصداق فقد سبق بيانه.

قال الرافعى: لأنه عقد معاوضة لا يثبت فيه خيار الشرط ففسد بشرط الخيار كالصرف[2].

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط .

(٢) وإن شرط الخيار فى الصداق، فقد قال الشافعى فى المختصر: كان المهر فاسدًا؛ وظاهر هذا أن النكاح صحيح. وقال فى الإملاء: إن المهر والنكاح باطلان، واختلف أصحابنا فيهما:
فمنهم من قال: هى على حالين؛ فحيث قال: يبطلان أراد إذا شرط الخيار فى النكاح والمهر، =

واستدل بهذا على أبى حنيفة؛ لأنه لا يثبت خيار الشرط فى النكاح ولا يفسد به، بل نقول: يلغو الشرط.

وكذلك إذا تزوجها بشرط أن يطلقها إذا وطئها ونحوه.

وكذا إذا شرط أن تكون حرامًا عليه لإخلاله بمقصود العقد، وكذا إذا شرطت عليه الزوجة ألا يطأها وهى قادرة على الوطء؛ لأن التمكين حق عليها وهو مقصود العقد، وإن شرط هو ألا يطأها فلا يبطل على الأصح؛ لأن الوطء حق له فله تركه.

وإنما يؤثر الشرط إذا وقع فى العقد فلا أثر للمشروط قبله على الصحيح.

وما كان من الشروط لا غرض فيه فهو لغو، كما فى البيع.

وما كان فيه غرض واقتضاه النكاح كشرط أن يسافر بها، أو يقسم عليها، لم يؤثر ذكره.

وإن خالف مقتضاه ولم يخل بالمقصود الأصلى كان الشرط لها، كما إذا شرطت ألا يتزوج عليها أو لا يتسرى أو لا يطلقها، أو لا يسافر بها، أو أن تخرج متى شاءت، أو كان الشرط عليها كما إذا شرط ألا يقسم لها، أو ألا ينفق عليها، أو أن يجمع بينها وبين ضرتها فى مسكن واحد، فإن الشرط يفسد فى هذا كله دون النكاح؛ لأنه لا يفسد بفساد العوض فَلَأَلّا يفسد بفساد الشرط أولى.

وإذا فسد الشرط وله فائدة ترجع إليه أو إليها فسد المسمى ووجب مهر المثل؛ لأنه إنما رضى بالمسمى لتحصل له تلك الفائدة، فإن فاتت رجع إلى مهر المثل.

= أو فى النكاح وحده.

وحيث قال: لا يبطل النكاح، أراد إذا شرط الخيار فى المهر وحده.

ومنهم من قال: إذا شرط الخيار فى المهر وحده، فهل يصح النكاح؟ فيه قولان:

أحدهما: لا يصح؛ لأنه أحد عوضى النكاح؛ فبطل النكاح بشرط الخيار فيه كما لو شرطه فى البضع.

والثانى: يصح النكاح وهو الصحيح؛ لأنه لو جعل الصداق خمرًا أو خنزيرًا؛ لم يبطل النكاح، فلئلا يفسد إذا شرط الخيار فى المهر أولى.

فإذا قلنا بهذا ففى المهر والخيار ثلاثة أوجه حكاها الشيخ أبو حامد:

أحدها: أن المهر والخيار صحيحان؛ لأن المهر كالثمن فى البيع، فلما ثبت جواز الخيار فى الثمن ثبت جوازه فى المهر.

والثانى: أن المهر صحيح والخيار باطل؛ لأن المقصود هو الصداق والخيار تابع، فثبت المقصود، وبطل التابع.

والثالث: أن المهر والخيار باطلان - وهو المنصوص - لأن الخيار لما لم يثبت فى المعوض - وهو البضع - لم يثبت فى العوض؛ فإذا سقط الخيار فقد ترك لأجله جزء من المهر، فيجب رده وذلك مجهول، وإذا كان المهر مجهولاً وجب مهر المثل.

قال الشيخ أبو حامد: والوجهان الأولان لا يساويان استماعهما.

ويفسد النكاح أيضًا بإصداق الأبضاع، ويسمى من هذا نكاح الشغار، وقد نهى عنه ﷺ وذلك أن يزوج رجل ابنته من آخر على أن يزوجه الآخر ابنته وبضع كل منهما مهر للأخرى، فيفسد؛ لما فيه من التشريك في البضع؛ لأنه جعل بضع كل واحدة موردًا للنكاح وصداقًا للأخرى[1].

---

(١) الشغار: أما في اللغة: هو الرفع من قولهم: شغر البلد عن السلطان، إذا خلا عنه، وسمى: نكاح الشغار؛ لخلوه من الصداق، أو لخلوه عن بعض الشرائط، وقيل: مأخوذ من قولهم: شغر الكلب برجله، إذا رفعها ليبول، كأن كلا من الوليين يقول للآخر: لا ترفع رجل ابنتى، حتى أرفع رجل ابنتك، وفي التشبيه بهذه الهيئة القبيحة تقبيح للشغار، وتغليظ على فاعله.

وأما معناه في الاصطلاح: فهو أن يزوج الرجل موليته على أن يزوجه الآخر موليته ليس بينهما صداق، وقد قال عياض عن بعض العلماء: كان الشغار من نكاح الجاهلية؛ يقول أحدهم: شاغرنى وليتى بوليتك، أي: عاوضنى جماعًا بجماع.

وقد قسم علماء المالكية الشغار إلى ثلاثة أقسام:

الأول: صريح الشغار وهو أن يقول الرجل لصاحبه: زوجنى ابنتك - مثلًا - على أن أزوجك ابنتى - مثلًا - من غير صداق.

الثاني: وجه الشغار، وهو أن يقول له: زوجنى ابنتك بمائة على أن أزوجك ابنتى بمائة.

الثالث: المركب منهما، وهو أن يقول له: زوجنى ابنتك بلا شيء على أن أزوجك ابنتى بمائة.

فالصريح هو الخالي من الصداق من الجانبين، والوجه هو المسمى فيه الصداق من الجانبين، والمركب هو المسمى فيه لواحدة دون الثانية.

ويحرم الإقدام عليه بجميع أنواعه؛ لقوله ﷺ: «لا شغار في الإسلام».

ولما كان المالكية قد قسموا الشغار إلى الأقسام الثلاثة المتقدمة فنبين الحكم عندهم في هذه الأقسام:

أما صريح الشغار فقالوا: يفسخ مطلقًا قبل الدخول وبعده ولو ولدت الأولاد، ولا شيء للمرأة قبل الدخول ولها بعده صداق المثل.

وأما وجه الشغار فقالوا: يفسخ قبل الدخول، ولا شيء فيه للمرأة، ويثبت بعده بالأكثر من المسمى وصداق المثل.

وأما المركب منهما، فيفسخ قبل الدخول في كل، ولا شيء فيه للمرأة، ويثبت نكاح المسمى لها بعد الدخول بالأكثر من المسمى وصداق المثل، ويفسخ نكاح من لم يسم لها، ولها صداق المثل.

واختلف الفقهاء في نكاح الشغار، هل هو صحيح أو فاسد؟ ويمكن بيان ذلك فيما يلي:

إذا لم يسميا صداقًا لواحدة منهما، بل يجعلان بضع كل واحدة منهما صداقًا للأخرى، وهو المسمى بصريح الشغار - فقد اختلف الفقهاء في صحة هذا النكاح وفساده كالتالي:

ذهب أصحابنا الشافعية والمالكية، والحنابلة، والظاهرية: إلى القول بفساد النكاح في هذه الحالة.

وذهب الحنفية إلى القول بصحة النكاح، وأنه يجب لكل واحدة منهما مهر مثلها، وحكى هذا عن عطاء، وعمرو بن دينار، ومكحول، والزهري، والثوري.

استدل الحنفية، ومن معهم بما يأتي:

=

. . . .

= قالوا: لما جعلا بضع كل منهما صداقًا للأخرى - فقد سميا ما لا يصلح صداقًا، والنكاح لا تبطله الشروط الفاسدة، وإذا كان الأمر كذلك، صح النكاح، ووجب مهر المثل؛ كما لو سميا خمرًا أو خنزيرًا.

فيكون حاصل هذا الدليل: أن فساده من جهة المهر، وفساد المهر لا يوجب فساد العقد.

ويرد هذا الدليل: بأن الفساد هنا ليس من جهة المهر، بل فساده من جهة أنه أوقفه على شرط فاسد يوجب فساد العقد؛ إذ فيه التشريك فى البضع؛ لأن كل واحد منهما جعل بضع موليته موردًا للنكاح، وصداقًا للأخرى؛ فأشبه تزويجها من رجلين، وهو باطل؛ فكذلك ما هنا. على أن هذا معقول فى مقابلة النص، وهو باطل.

واستدل أصحابنا الشافعية ومن معهم بالسنة والمعقول:

أما السنة:

فأولًا: ما روى عن أبى الزناد، عن الأعرج، عن أبى هريرة - رضى الله عنه - قال: نهى رسول الله ﷺ عن الشغار.

ووجه الدلالة من هذا الحديث: أن الرسول ﷺ نهى عن الشغار، والنهى يدل على فساد المنهى عنه؛ فوجب أن يكون الشغار فاسدًا.

وهذا الذى روى عن أبى هريرة روى مثله - أيضًا - صحيحًا مسندًا عن ابن عمر؛ فقد روى عنه أنه قال: إن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار. متفق عليه. وروى أيضًا من طريق جابر، وأنس.

ثانيًا: ما روى أن النبى ﷺ قال: «لَا شِغَارَ فِى الإِسْلَامِ».

ووجه الدلالة من هذا الحديث: أن النبى ﷺ قال: «لَا شِغَارَ فِى الإِسْلَامِ»، وهذا يحتمل أمرين: نفى وجود الشغار فى الإسلام ونفى صحته. ولا شك أن وجوده فى الإسلام واقع؛ فتعين حمل الكلام على نفى الصحة.

وأما المعقول، فقد قالوا فيه: إن كل واحد منهما جَعَل بضع موليته موردًا للنكاح، وصداقًا للأخرى، وذلك يوجب فساد العقد؛ كما لو زوج موليته من رجلين.

وقد قيل لأصحابنا الشافعية ومن معهم فى الأحاديث ما يأتى:

أولًا: إن النهى عن نكاح الشغار، ونكاح الشغار هو النكاح الخالى عن العوض، وما هنا نكاح بعوض وهو مهر المثل؛ فلا يكون شغارًا.

وترد هذه المناقشة بأن القول بأن هذا نكاح بعوض وهو مهر المثل غير مستقيم؛ فإن مهر المثل إنما أوجبتموه أنتم؛ لتصحيح مذهبكم، وذلك أن الواقع فى العقد إنما هو جعل بضع كل منهما فى مقابلة بضع الأخرى.

وقيل ثانيًا: إن النهى يحمل على الكراهة.

ويرد هذا: بأن الأصل فى النهى أن يكون للتحريم، ولا يحمل على الكراهة إلا لدليل، ولا دليل هنا، ولا سيما أن الشغار كان من أنكحة الجاهلية، فرفعه الإسلام؛ ولذلك قال الرسول ﷺ: «لَا شِغَارَ فِى الإِسْلَامِ».

وبالنظر فى هذه الأدلة ومناقشتها يتبين لنا رجحان مذهب أصحابنا الشافعية ومن وافقهم، إلا أنهم قالوا: إن قال: زوَّجتك ابنتى على أن تزوجنى ابنتك، واقتصر على هذا، فالنكاح صحيح؛ لأنه لم يحصل فى البضع تشريك، وإنما حصل الفساد فى الصداق، وهو أنه جعل مهر ابنته أن يزوجه الآخر ابنته، ففسد المهر المسمى، ووجب مهر المثل. هذا نقل البغداديين من أصحابنا.

وقال المسعودى: هل يصح النكاح؟ فيه وجهان: =

ويفهم من قوله: «وإصداق كلٍّ بضع الأخرى» أنه لو قال: زوجتك ابنتى على أن تزوجنى ابنتك فزوجه وقبل ولم يجعلا البضعين صداقًا، أنه يصح النكاحان ولكل منهما مهر المثل.

ويفهم منه أن النكاح يفسد بجعل بضع كلٍّ صداقًا للأخرى، سواء ذكر معه مهرًا آخر أم لا؛ لأن فساده بسبب التشريك.

= أحدهما: يصح؛ لما ذكرناه.

والثانى: لا يصح؛ لأنهما لم يسميا صداقًا صحيحًا، ولكن جعل كل واحد منهما عقد نكاح كل واحدة منهما صداقًا للأخرى؛ لأنه أخرج ذلك مخرج الصداق.

والأول هو المشهور.

من هذا يتبين لنا أن أصحابنا الشافعية يفرقون بين صورتين:

الأولى: أن يجعل بضع كل واحدة منهما صداقًا للأخرى؛ فيكون النكاح فاسدًا، وهو ما ظهر لنا رجحانه فيما سبق.

والثانية: ألا يجعل بضع كل واحدة منهما صداقًا للأخرى، وهو ما أشرنا إليه من كلامهم، فى نهاية المسألة، وظهر لنا أن الأرجح لديهم صحة النكاح، وفساد الصداق، ووجوب مهر المثل.

والحقيقة: أن هذه التفرقة غير ظاهرة؛ فإن نفى الصداق معناه جعل بضع كل منهما صداقًا للأخرى، ولو لم يصرحا بذلك.

إذا ثبت هذا: فقد قال صاحب البيان: وإن قال: زوجتك ابنتى على أن تزوجنى ابنتك، ويكون مهر كل واحدة منهما كذا - فيصح النكاحان، ويبطل المهران المسميان، ويجب لكل واحدة مهر المثل، سواء اتفق المهران أو اختلفا؛ لأنه لم يحصل فى البضعين تشريك، وإنما حصل الفساد فى المهر؛ لأنه شرط مع المهر المسمى أن يزوجه ابنته، فهو كما لو قال: زوجتك ابنتى بمائة على أن تبيعنى دارك، فإن النكاح صحيح، والمهر باطل.

وإن قال: زوجتك ابنتى على أن تطلق زوجتك، ويكون ذلك صداقًا لابنتى - صح النكاح، ولا يلزم الآخر أن يطلق زوجته، ويجب للمزوجة مهر مثلها؛ لأنه لم يسم لها صداقًا صحيحًا.

وإن قال: زوجتك ابنتى على أن تزوجنى ابنتك، ويكون بضع ابنتك صداقًا لابنتى - صح النكاح الأول، ولم يصح النكاح الثانى؛ لأنه ملَّكه بضع ابنته فى الابتداء من غير تشريك، وشرط عليه شرطًا فاسدًا وهو التزويج؛ فلم يؤثر فى عقد الأولى، والثانية هى التى حصل التشريك فى بضعها.

وإن قال: زوجتك ابنتى على أن تزوجنى ابنتك، ويكون بضع ابنتى مهرًا لابنتك - فالعقد على ابنة المخاطب باطل؛ لأن التشريك حصل فى بضعها، والعقد على ابنة القابل صحيح؛ لأنه لم يحصل فى بضعها تشريك.

وإن قال: زوجتك ابنتى على أن تزوجنى ابنتك، ويكون بضع كل واحدة منهما مائة درهم صداقًا للأخرى - ففيه وجهان:

أحدهما: أن النكاحين صحيحان، ويجب لكل واحدة مهر المثل؛ لأن الشغار هو الخالى عن المهر، وهاهنا لم يخل عن المهر.

والثانى - وهو الصحيح -: أن النكاحين باطلان؛ لأن التشريك فى البضع موجود مع تسمية المهر، والمفسد هو التشريك.

وإن قال: زوجتك ابنتى وهذا الحائط، فهل يصح النكاح؟ فيه وجهان، حكاهما فى «العدة».

وقوله فى «الحاوى»: «والنكاح يفسد بكُلٍّ، وبإصداق البضع» مشكل؛ فإن الشرط التشريك بأن يجعل بضع كل صداق الأخرى.

والأصح أنه لو قال: زوجتك ابنتى على أن تزوجنى ابنتك، وبضع ابنتك صداق ابنتى، فقبل صح النكاح الأول وبطل الثانى.

فصحح نكاح من جعل البضع صداقها، ذكره فى «العزيز» و«الروضة».

ويفسد أيضًا بإصداق الحرة رقبة الزوج، فإذا أذن السيد لعبده أن يتزوج حرة ويجعل رقبته صداقها ففعل لم يصح؛ لأن ملكها للزوج يبطل النكاح فلا ينعقد، ولو كان ذلك فى نكاح أمة لصح؛ لأن رقبته تصير ملكًا للسيد فلا منافاة.

وقوله: وانعقد بالمسمى قبل.

أى: إذا تزوجها بألف سرا ثم بألفين علانية صح العقد بالألف؛ لأنه المسمى قبل.

وكذلك إذا اتفقوا على تسمية الألف ألفين ثم عقدوا النكاح بألفين انعقد بالألفين؛ لأنه الواقع على مسماهما قبل تواطئهما على إيقاعه على مسمى الألف فلا أثر لتسميتهما بعد.

فقوله «وانعقد بالمسمى قبل» شامل للمسألتين.

وقوله فى «الحاوى»: «والواجب مهر العلانية» يرد عليه ما إذا تزوجها سرًّا بالألف ثم علانية بالألفين، فإن الواجب مهر السر، وقد أراد بمهر العلانية ما إذا اتفقوا على تسمية الألف بالألفين، فإن الواجب ما أعلنوا[١] به وهو الألفان، وكان الصواب أن يقول: الواجب ما عقد به سواء كان سرًّا أو علانية.

❊ ❊ ❊

---

(١) فى ط: عاينوا.

المفوضة[1]

وقوله: ولو قالت رشيدة: زوِّجنى بلا مهر، ففعل، أو زوَّجها بمهر دون مهر المثل، أو غير نقد البلد، أو سكت سيد عن المهر، فمهر مثل بوطء أو موت، وجاز طلب وحبس نفس لفرض وقبض ولغا إسقاطه وفرض أجنبى وإبراء قبله.

أى: إذا قالت الحرة البالغة الرشيدة لوليها: زوجنى بلا مهر، وهذه صورة نكاح تفويض البضع:

وهو إخلاء النكاح من الصداق، فإذا امتثل الولى وزوجها بلا مهر، بأن نفاه وكذا إن سكت عنه انعقد النكاح خاليًا عن المهر.

وإن زوجها بمهر نظرت:

فإن زوجها بمهر المثل من نقد البلد انعقد بالمسمى، وإن زوجها بدون مهر المثل أو بنقد غير نقد البلد، أو عرض ولو كثرت قيمته، فهو كما لو عقد بلا مهر.

وكذلك إذا زوج السيد أمته بلا مهر أو سكت عن المهر فإن ذلك يقتضى التفويض.

بخلاف ما إذا أذنت المرأة للولى أن يزوجها وسكتت، فإنه يجب عليه ألا ينقص عن مهر المثل.

فإن نقص عنه فالأصح أن النكاح لا يبطل، بل يجب مهر المثل بالعقد كما سبق.

ثم المفوضة إذا وطئها الزوج وجب لها مهر المثل، وكذا إذا ماتت أو مات قبل الفرض والمسيس على الأصح.

[وقوله فى الحاوى: «أو قالت: زوجنى بلا مهر» إلى قوله: «وجب مهر المثل بالوطء» فيه أمران:

أحدهما: قوله: «أو قالت: زوجنى»، لم يقيده بالرشيدة؛ ولا بد من ذلك.

الثانى: قوله: «وجب مهر المثل بالوطء» اقتصر على وجوب مهر المثل بالوطء، وفى المسألة خلاف موجبه تردد الشافعى - رحمه الله تعالى - فى صحة حديث بُرْوَعَ بنت واشق وقد نكحت بغير مهر فمات زوجها فروى أنه قضى فيها النبى ﷺ بمهر نسائها.

---

(١) هى المرأة تنكح بغير صداق، من قولهم: فوضت الأمر إلى فلان، أى: رددته.
كأنها ردت الأمر إلى الزوج، وفوضته إليه. والتفويض: أن تفوض المرأة أمرها إلى الزوج، فلا تقدر معه مهرًا. وقيل: ومعنى التفويض: الإهمال كأنها أهملت أمر المهر، فلم تسمه، كما قال الأفوه الأودى:

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ... ولا سراة إذا جهالهم سادوا

ويقال للمرأة: مفوضة، بالكسر؛ لتفويضها؛ لأنها أذنت فيه، وبالفتح؛ لأن وليها فوضها بعقده.

قال النووى فى الروضة: قلت: الأرجح ترجيح الوجوب. والحديث صحيح، رواه أبو داود والترمذى والنسائى وغيرهم وقال الترمذى: حديث حسن صحيح.

وزاد فى المهمات: وابن ماجه وصححه ابن حبان والحاكم وابن حزم والبيهقى وغيرهم.

ونقل فى المهمات عن الشافعى أنه قال: فإن ثبت هذا الحديث عن النبى ﷺ فهو أولى الأمور بنا، ولا حجة لأحد دون قول رسول الله ﷺ ثم الواجب أكثر مهر مثلها من يوم العقد إلى يوم الوطء، وقيل: العبرة بيوم الوطء، والأول أصح، وذكروا فى الواجب منه بالموت ثلاثة أوجه:

أحدها: يوم العقد، والثانى: يوم الموت، والثالث: أكثرهما. حكاها الحناطى.

ولو طلقها قبل الفرض والمسيس لم يتشطر المهر وإن وجبت المتعة، وللمفوضة مطالبة الزوج بأن يفرض لها مهرًا لتكون على بصيرة، ولها أن تحبس نفسها بطلب الفرض ولتسليم المفروض، ولو أسقطت ما يجب لها من حق الفرض لم يسقط؛ لأن حق ثبوت المهر لا يبطل بإسقاطها، وحق طلب الفرض تابع له. ولو فرض لها أجنبى مهرًا على نفسه لم يصح على الأصح، فلا يصح إلا من الزوج أو وكيله ولو أبرأته من الصداق قبل الفرض أو الوطء لم يصح لأنه أبرئ من مال قبل لزومه][1].

وقوله: فإن تراضيا وإلا فرض قاض مهر مثل حالًّا ونقص تفاوت أجل.

أى: فإن تراضيا على شىء بفرض، سواء كان مهر المثل أو أقل أو أكثر، وسواء كان حالا أو مؤجلاً، وسواء كانا عالمين بمهر المثل أو جاهلين - جاز.

وإن ترافعا إلى الحاكم ولم يتراضيا فرض القاضى لها عليه مهر المثل حالا من نقد البلد.

ولا يجوز أن ينقص أو يزيد على ما علمه من مهر المثل وعلمه به يشترط.

ولا أن يؤجله فإن كان مهر مثلها مؤجلا نقص منه تفاوت ما بين الحال والمؤجل.

وقوله: وتعتبر قرابة ولأب أولاً وموجب رغبة ومسامحة قريب لا من واحدة.

أى: والمعتبر فى مهر المثل: وهو ما يرغب به فى مثلها من نساء العصبة ولو بعد موتهن كالأخوات وبنات الإخوة والعمات وبنات الأعمام الأقرب فالأقرب يقدم أولاً - القرابةُ بالأبوة، هكذا[2].

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) وكل موضع قلنا: وجب للمرأة مهر مثلها، فإنها تعتبر بنساء عصباتها؛ كالأخوات وبنات الأخوات والعمات وبنات الأعمام، ولا تعتبر بنساء ذوى أرحامها؛ كأمهاتها وخالاتها، ولا بنساء بلدها من غير عصباتها مع وجود نساء عصباتها.

وقال مالك: تعتبر بنساء بلدها.

فإن لم تكن عصبة فذوات المحارم كالجدات والخالات القربى فالقربى.

فإن فقدن فمثلها من نساء الأجانب، وفي الأمة ينظر إلى شرف السيد وخِسَّتِهِ، وكذا المعتق.

فإن كانت له عصبة ببلد آخر اعتبر بهن، وإن كان بعضهن في بلدها اعتبر بمن معها في البلد.

ويعتبر في مهر المثل أيضًا الصفات التي توجب الرغبة، كالعفة والجمال والسن والعقل والبكارة والفصاحة والعلم والمال.

ويعتبر مسامحة القريب، فيسامح إذا جرت عادتهن بمسامحة، ومثله ذو الشرف.

فإن جرت مسامحة من واحدة لم يلزم الباقيات حكمها، إلا إن حصل فترة في الرغبات.

وقوله: ويجب أغبط أوقات وطء اتحدت شبهته كفى فاسد نكاح أو شراء وتعدد بتعددها وبإكراه.

= وقال ابن أبي ليلى وأبو حنيفة وأصحابه: تعتبر بنساء عصباتها وبنساء ذوي أرحامها.

دليلنا: ما روى أن النبي ﷺ قضى في بروع بنت واشق أن لها مهر نساء قومها. وهذا يقتضي قومها الذين تنسب إليهم؛ ولأنه إذا لم يكن بد من اعتبارها بغيرها من النساء، فاعتبارها بنساء عصباتها أولى؛ لأنها تساويهن في النسب؛ وتعتبر بمن هي في مثل حالها في الجمال والعقل والأدب والسن والبكارة والثيوبة والدين وصراحة النسب.

وإنما اعتبر الجمال لأن له تأثيرًا في الاستمتاع وهو المقصود في النكاح، والعقلُ والأدب يعتبران؛ لأن مهر العاقلة الأديبة أكثر من مهر من لا عقل لها ولا أدب. وكذلك مهر الشابة والبكر أكثر من مهر العجوز والثيب، ومهر العفيفة أكثر من مهر الفاسقة.

قال الشافعي - رضي الله عنه -: وصراحتها. فمن أصحابنا من قال: أراد الفصاحة في اللسان. وقال أكثرهم: أراد صراحة النسب؛ لأن العرب أكمل من العجم؛ فإن كانت بين عربيين لم تعتبر بمن هي بين عربي وعجمية؛ لأن الولد بين عربي وعجمية هجين، والولد بين عربية وعجمي مقرف ومذرع.

قال الشاعر في المقرف:

وما هند إلا مهرة عربية ... سليلة أفراس تحللها بغل

فإن نتجت مهرًا كريمًا فبالحرى ... وإن يك أقرفًا فما أنجب الفحل

وقال في المذرع:

إن المذرع لا تغني خئولته ... كالبغل يعجز عن شوط المحاضير

ويعتبر بالأقرب فالأقرب؛ فإن لم يكن في أخواتها مثلها صعد إلى بنات أخيها، ثم إلى عماتها ثم إلى بنات عمها، فإن كان لها نساء عصبات في بلاد متفرقة، ومهور أهل تلك البلاد تختلف اعتبرت بنساء عصباتها من أهل بلدها؛ لأنها أقرب إليهن، فإن لم يكن لها نساء عصبة أو كان لها نساء عصبة ولم يوجد فيهن مثلها، اعتبرت بأقرب النساء إليها من ذوي أرحامها كأمهاتها وخالاتها، فإن لم يكن لها من يشبهها منهن اعتبرت بنساء بلدها، ثم بنساء أقرب تلك البلدان إلى بلدها.

أى: وإذا وطئها بشبهة، إما فى نكاح فاسد أو شراء فاسد كان اعتبار مهر مثلها بوقت الوطء لا العقد؛ إذ لا حرمة للعقد الفاسد ويعتبر أغبط أوقات الوطء.

فإذا تعدد الوطء فى شبهة واحدة وزاد مهر مثلها فى حالة اعتبرت تلك الحالة؛ لأنه لو لم يطأها إلا فيها للزمه مهرها فكيف ومعها غيرها، وإن تعددت الشبهة كما إذا وطئها وهو يظنها زوجته ثم وطئها وهو يظنها جاريته وجب لكل مهر؛ لأن اتحاد الشبهة كالنكاح الواحد وتعددها كتعدده.

فإن لم تكن شبهة بأن أكرهها فلكل وطء مهر أيضًا.

وإذا وطئ الأب جارية الابن مرارا وجب مهر واحد؛ لأن شبهة الإعفاف متحدة.

وقوله: ورجع لزوج ومؤد لا عن طفله نصف مهر وجب بعقد أو فرض صحيح بفراق فى حياة قبل وطء كخلع وإسلامه وردته ولعانه وشرائه وكلٌّ إن وقع بسببها كفسخ بعيب فإن قارن فبمتصل كسِمَنٍ وبعتق وشرائها.

أى: ويرجع للزوج إذا طلق امرأته قبل الدخول نصف الصداق؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

فيرجع إليه بنفس الفراق من غير توقف على القاضى.

ويدخل فى قوله: «المهر الواجب بالعقد» المسمى ومهر المثل فى التسمية الفاسدة، وكذلك إذا وجد فرض صحيح بعد العقد فحكمه فى التشطير حكم ما وجب بالعقد.

أما لو فرض فاسد كخمر ومجهول فإنه يلغو.

ولو طلقها قبل الفرض فلا تشطير، فإن أدى الصداق عن الزوج غيره نظرت:

فإن أداه أب عن الطفل رجع إلى الزوج، وإن أداه أجنبى أو الأب عن ابنه البالغ رجع إلى المؤدى على الأظهر.

والفرق أن الأب يتملك للطفل من نفسه، فأداؤه عنه تمليك له يدخل فى ملكه أولا ثم فى ملك الزوجة.

فإذا رجع رجع إلى مالكه وهو الطفل، وأداؤه عن الأجنبى والبالغ إسقاط وتبرئة بذمة المؤدى عنه لا تمليك، فإذا برئت ذمته بغيره رجع إلى مؤديه.

وكل فرقة ليست بسبب المرأة، لها حكم الطلاق فى رجوع نصف المهر بها إليه كالخلع؛ إذ المغلب فيه الفراق وهو المستقل به، لا بذل العوض بدليل صحته من الأجنبى. وسواء كان الطلاق بسببها أم لا كالطلاق فى الإيلاء والمعلق بدخول الدار والمفوض إليها.

وإذا أرضعت أم الزوج الزوجة الصغيرة، أو أم الزوجة الزوج الصغير، انفسخ النكاح، وينشطر المهر لأنها فرقة ليست بسبب الزوجة[1].

وكذلك إذا أسلم الزوج أو ارتد أو لاعن أو اشترى زوجته، فإن النكاح فى هذا كله ينفسخ وينشطر المهر.

وإن كانت الفرقة بسببها رجع الصداق كله إلى الزوج، كالفسخ بالعيب مطلقًا سواء كان بعيبه أو بعيبها؛ لأن الفراق فى الأولى منها، وفى الثانية بسببها، وتسلم لها الزوائد المتصلة إذا كان الفسخ بعيب حادث.

فإن كان مقارنًا للعقد رجع فيه بالزوائد المتصلة، قالوا: ولا يمتنع الرجوع بالزوائد المتصلة إلا فى هذا الموضع.

وفرقوا بأنه ابتداء تملك لا فسخ، بدليل أن العبد لو سلم الصداق من كسبه ثم عتق وطلق رجع النصف إليه لا إلى سيده.

وأما فى الفسخ، فإنه يرجع بالزوائد؛ لأن الفسخ إما رفع للعقد من أصله فكأنه لا عقد، أو من حينه فالفسخ مشبه بالعقد والزوائد المتصلة تتبع الأصل فيه وكذلك فى الفسخ فافترقا.

وكما إذا عتقت وفسخت وكما إذا أرضعت ضرتها الصغيرة، فإن نكاحها ينفسخ، وكذلك ينفسخ إذا اشترت زوجها ويرجع إلى الزوج كل المهر فى هذه الصور كلها.

وقوله: بحمل قديم انفصل أو قيمته إن لم ترضَ، فإن حرم تفريق فقيمتهما وبأرش جناية تغرم، وإن بيع وعاد أوصت بعتقه أو طهر بتخلل أو دبغ بعد قبض فى ذميين أسلما أو أحرم وهو صيد ولا يرسله إن تشطر.

أى: ويرجع إليه نصف الصداق مع الولد أى الذى كان حملاً يوم الإصداق، فلو أصدقها بهيمة أو جارية حاملاً فوضعت ثم طلقها قبل الدخول، رجع فى نصف البهيمة.

وأما الحمل فقد انفصل وزاد بالانفصال فلها الخيار فى تسليم نصفه مع نصف الأم وتجبر على قبولهما، أو فى تسليم قيمة نصف الولد يوم الولادة.

فإن كانت الحامل أمة لم يكن له الرجوع فى نصف الأم دون الولد فى مدة تحريم التفريق.

فيرجع فى نصف قيمتها ونصف قيمة الولد، هكذا نقله فى «العزيز» و«الروضة» عن صاحب «التتمة» و «الشامل».

قال فى «المهمات»: وهو كما قالا نص عليه الشافعى فى «الأم» واعترض به ابن النحوى

---

(١) فى ط: المرأة.

على صاحب «الحاوى» فى «تحريره».

وإن أصدقها حاملاً وطلقها قبل انفصال الحمل، رجع فى نصفها حاملاً.

أما إذا انفصل الحمل الحادث فلا حق له فيه، كسائر الزيادات المنفصلة من اللبن والكسب ونحوه.

وسيأتى حكمه مفصلاً.

وإذا جنى أجنبى على الصداق وأخذت منه الأرش رجع إلى الزوج مع نصف الأرش إن تشطر أو كله، سواء جنى عليه فى يدها أو فى يد الزوج.

وكذا إذا جنى عليه الزوج بعد القبض.

فإن نقص بآفة سماوية أو بجنايتها فهو بالخيار بين أن يرجع فى نصفه ناقصًا، أو نصف قيمته سليمًا.

كما إذا تعيب المبيع فى يد البائع، ولو باعت الصداق ثم رجع إليها ثم طلقها رجع إليه نصفه على الأصح.

ولو كان المهر رقيقًا وأوصت بعتقه ثم طلقها، رجع إليه نصفه وبطلت فيه الوصية.

وكذلك إذا تزوج ذمى ذمية وأصدقها خمرًا أو جلد ميتة فتخلل الخمر أو دبغ الجلد بعد القبض، ثم طلقها قبل الدخول، ثم أسلما أو تحاكما إلينا رجع فى نصف الخل والجلد المدبوغ؛ لأنهما عين الصداق، وإنما تغيرت صفته، وأما لو صار خلا فى يده ثم أسلما أو أحدهما فالأصح - وبه قال القفال - أنه يجب لها نصف مهر المثل؛ لأن الخمر لا يصلح صداقًا، ولا عبرة بالعقد عليها إذا لم يتصل بها قبض قبل الإسلام.

ولو أصدقها صيدًا ثم أحرم ثم طلقها أو فسخ، فالأصح أنه يدخل فى ملكه قهرًا.

فإن رجع إليه كله، لزمه إرساله، وإن رجع إليه نصفه لم يجز إرساله على الأصح؛ لتعلق حق الغير به.

وقوله: وإن عتق أو بيع ثم طلق أو فسخ، فالنصف أو الكل له أو للمشترى، ونصف قيمته أو كلها إن كان الصداق رقبته يرجع به على من أعتق أو باع، وإذا أعتق الأمة دون العبد بقى له.

أى: إذا أعتق السيد عبده المزوج أو باعه، ثم طلق قبل الدخول أو فسخ، فالذى يرجع من الشطر أو الكل يستحقه الزوج العتيق أو المشترى؛ لأن الملك فيما يرجع إلى الزوج إنما يحصل بالطلاق أو الفسخ؛ فملكه للزوج لكونه حدث وهو أهل للملك وللمشترى لأنه حدث فى ملكه.

هذا إذا كان الصداق غير رقبة العبد، وأما إذا كان الصداق رقبته، بأن أذن له سيده أن يتزوج أمة زيد ويصدقها رقبته ففعل، صح، وصار هو والأمة ملكًا لزيد.

فإن أعتقه زيد أو باعه ثم طلق قبل الدخول، فللزوج العتيق أن يرجع على معتقه بنصف قيمة نفسه أو كلها إن فسخ.

وفى صورة البيع، يرجع عليه المشترى بذلك، وإن لم يعتق العبد وأعتق الأمة ثم طلقها العبد، بقى العبد كله للسيد.

ولا تطالبه العتيقة بشىء، لأن مهرها لمن كان يملكها عند العقد وما يرجع إلى الزوج فهو لسيده.

[وقوله فى الحاوى: «فرجع إلى الزوج نصف المهر الواجب» إلى قوله: «وأحرم فى الصيد ولا يرسله»، فيه أمور:

أحدها: قوله: «وإن أدى غيره» يريد أنه إذا أدى المهر عن الزوج غير الزوج ثم طلق قبل الدخول رجع المهر إلى الزوج، وهذا وجه، والأصح أنه يرجع إلى المؤدى إذا كان أجنبيًا أو أبًا وأداه عن ابنه البالغ، وإن أداه عن طفله رجع إلى الطفل، وقد سبق تعليله، هذا الذى صححه فى الروضة وحكاه عن الإمام، وذكر الأذرعى خلافه عن أكثر العراقيين ونص الشافعى.

الثانى: قوله: «بالحمل المنفصل»، أراد أنه يرجع فى الحمل الموجود حال العقد إذا انفصل وليس له الرجوع فيه قهرًا وإن اقتضى كلامه ذلك؛ لأنه زاد فى يدها بالولادة فلا يرجع فيه إلا إذا اختارت، كما هو المذكور فى العزيز والروضة وغيرهما.

الثالث: أن الأم لا ترجع فيها مطلقا إلا إذا كانت بهيمة، أما إذا كانت أمة فإنه فى الحالة التى لا يجوز التفريق بينهما لا يجوز له الرجوع فيها، وكلامه مصرح بأنه يرجع مطلقا.

الرابع: قوله: «وإذا باع عبده أو أعتقه ثم طلق بعد أداء المهر» ليس بشرط؛ فإن المهر يتعلق بكسب العبد كما يتعلق المهر الذى فى الذمة بذمة الحر، وقد قلنا إنه يرجع إلى الحر نصف المهر ثم يسقط عنه، فكذلك ينبغى أن يقال - إذا طلقها العبد بعد ما بيع -: إن النصف يرجع إلى السيد ثم يسقط؛ لأنه لا يثبت له على عبده شىء وكذلك يرجع إلى العتيق ثم يسقط.

الخامس: قوله: «لا بسببها» كالفسخ فى العيب سواء بين الحادث والمقارن فى أنه لا يرجع بالزيادة المتصلة، وهو كذلك فى العيب الحادث، أما المقارن للعقد فإنه يرجع فيه مع الزيادة المتصلة كما ذكره فى العزيز والروضة.

السادس: قوله: «وأحرم فى الصيد ولا يرسله»، وليس ذلك على إطلاقه، بل ذلك إذا

رجع إليه شطره، أما إذا رجع إليه الصيد كله فإنه يلزمه إرساله، كما إذا ورث المحرم الصيد، كذا هو في العزيز والروضة وغيرهما][1].

وقوله: بتوافق في نخيل أثمر ولزم ترك سقى لا سقى، التزما وبإجبار إن قطعت ولا ضرر أو بقى لها.

أي: إذا أصدقها نخيلاً غير مثمرة فأثمرت ثم طلقها قبل الدخول، فإن الثمرة تكون لها مع نصف الشجر ويرجع إلى الزوج نصف الشجر.

وليس له أن يكلفها قطع الثمار؛ ليرجع في نصف الشجر لحدوثها في ملكها واستحقاقها الإبقاء إلى الجذاذ.

ولو أرادت هي رجوعه إلى نصف الشجر مع إبقائه ثمارها، لم يجبر هو بل له الامتناع وطلب قيمة شجره.

وليس لها تكليفه تأخير الرجوع إلى الجذاذ.

ولو قال: أُأَخر الرجوع في الشجر إلى الجذاذ لم تجبر هي على ذلك؛ لأن نصيبه يبقى في ضمانها.

ولو قال: يكون وديعة عندك بلا ضمان، لم يجبرها أيضًا؛ لأنها لا تبرأ بذلك على الأصح. كما لا يبرأ الغاصب بالإبراء من الضمان والعين تحت يده.

فإن اتفقا على الرجوع في نصف الشجر في الحال أو على تأخير الرجوع إلى الجذاذ، مكنا منه.

وإن بدا لأحدهما في ذلك مكن من الرجوع عنه، فإن تراضيا على الرجوع في الحال على أن يسقى من شاء منهما متبرعًا أو على أن يتركا أو أحدهما السقى، فمن التزم السقى فهو وعد لا يلزم الوفاء به.

ومن التزم تركه ترغيبًا لصاحبه ثم ندم وأراد أن يسقى لم يمكن منه.

وأما إذا قالت: أنا أقطع ثمرتي عنك وخذ نصيبك من الشجر، فإنه يجبر على ذلك إذا كانت مدة القطع لا تطول وكان القطع لا يضر بالشجر.

ولو قال: أنا أرجع في الشجر وأبقى لك الثمرة إلى الجذاذ، فأبت أجبرت على ذلك على الأصح.

وقوله في «الحاوي»: بتوافق في نخيل أثمرت، وأمة ترضع ولدها ولزم من التزم ترك السقى - فيه أمران:

---

(١) ما بين المعقوفين سقط في ط.

أحدهما: أن قوله: «بتوافق فى نخيل أثمرت»، يقتضى بأنه لا إجبار. وقد بينا أنه يجبر إذا قالت: أقطع ثمرتى ولم يتضرر، وأنها تجبر أيضًا على الأصح إذا قالت: أنا آخذ نصيبى من الشجر وأبقى لك ثمرتك إلى الجذاذ.

وذكر المسألتين فى «العزيز» و«الروضة» وغيرهما.

الثانى: قوله: وأمة ترضع ولدها، الأصح المنصوص فى «الأم» كما نقله الإسنوى ونقله الشيخان عن «الشامل» و «التتمة» فى نظيرهما أن ذات الولد الصغير لا يرجع فيها؛ لما فيه من حرمة التفريق بين الأم والولد.

ولما ذكر مسألة الإرضاع فى «الروضة» قال: ووراء ذلك ما ذكره صاحب «الشامل» و «التتمة»، انتهى.

وقوله: بأرش نقص بعد فراق، وبدله تالفًا يوم تلف وقبله أقل قيم تالف بين وجوب وقبض.

أى: اعلم أنه إذا نقص الصداق فى يدها بعد الطلاق رجع بأرش النقص فى نصفه أو كله إن فسخ.

وإن تلف رجع إلى مثله إن كان مثليًا أو قيمته يوم التلف إن كان متقومًا مع أرش النقص أيضًا، لأنها قبضته عن معاوضة فكان بعد رجوعه إلى ملكه فى ضمانها كالمبيع فى يد المشترى بعد الإقالة.

فإن حصل نقص قبل الطلاق، فلا أرش، بل إن شاء أخذه ناقصًا أو طالب بقيمته سليما.

وإن تلف قبل الطلاق، لزمها أقل الأمرين من قيمة يوم الوجوب والقبض، ويوم الوجوب هو يوم العقد إن وجب الصداق بالعقد، ومن المسمى ومهر المثل إذا كانت التسمية فاسدة، وإن وجب بفرض فيوم الوجوب يوم الفرض، وإن كانت قيمة يوم الوجوب مائة، ويوم القبض عشرة، لزمها عشرة.

وإن تشطر فخمسة؛ لأن ما نقص قبل القبض من ضمان الزوج.

وفى عكسه يجب الأقل أيضًا؛ لأن الزيادة حصلت فى ملك الزوجة فلا حق له فيها.

وقوله: كأن علقت عتقه أو دبرته موسرة، أو تعلق به حق لازم ولم يصبر، أو بادرت وصبر بلا قبض، أو أبت لزيادة متصلة كحمل وعود صنعة.

أى: ومن أمثلة إتلافه: أن يعلق عتقه أو تدبيره إذا كان الصداق رقيقًا؛ لأن العتق والتدبير قربة محضة بخلاف الوصية فليس للزوج تفويتها عليها كالزيادات.

ولا يمنع التدبير وتعليق العتق من الرجوع إلا إذا كانت موسرة.

وأما إذا كانت معسرة فله الرجوع.

ثم اعلم أنه لو باع عبدًا بثوب وتقابضا ثم دبر المشترى العبد ووجد بائع العبد بالثوب عيبًا فرده لم يمنع التدبير رجوعه إلى السيد.

وكذا لا يمنع رجوع الواهب على الأصح فيهما.

والفرق قوة الفسخ وكونه يشبه العقد ولهذا يرجع فيه بالزيادات المتصلة.

وإذا عرفت أن التعليق يمنع الزوج من الرجوع إلى العين، علمت أن الاعتاق والبيع[١] والهبة مع الإقباض أولى.

وكذا لو تعلق بالصداق حق لازم: كالرهن بالإقباض والإجارة وتزويج الجارية، رجع الزوج إلى البدل إن طالب به ولم يرض بالرجوع فى العين مسلوبة المنفعة أو مرهونة.

وإن قال: أنا أصبر، نظرت، فإن رضى بقبضه ورده إلى المستأجر أو المرتهن، أجبرت على ذلك.

وإن قال: أنا أصبر ولا أقبض، فلها أن تمتنع، وإن سلمت القيمة كلف أخذها، فإن أخرت حتى انفك فالأصح أنه يرجع فى العين، ولا يلزمه أخذ القيمة.

أما إذا تعلق به حق غير لازم كالرهن والهبة قبل القبض وكالوصية، فإنه يرجع.

ولو زاد الصداق فى يدها زيادة متصلة كالحمل والسمن وتعليم الصنعة، فلها الخيار فإذا أبت رجع إلى أقل القيمتين كما سبق.

ولو كان حليًا فكسرته ثم أعادته كما كان، أو كانت سمينة فهزلت فى يدها ثم سمنت، فالأصح أنه لا يرجع فيه إلا برضاها؛ لأنه زيادة حصلت فى ملكها والنقص الأول غير مضمون عليها.

وقوله فى «الحاوى»: أو تعلق فيه حق لازم ... إلى آخره، فيه أمران:

أحدهما: قوله: إن لم يصبر أو بادرت، فاقتضى أن لها المبادرة بتسليم القيمة إذا صبر مطلقًا، وليس كذلك، بل ليس لها المبادرة بتسليمها إلا إذا صبر وامتنع من القبض؛ لتضررها بكونها تصير ضامنة له.

الثانى: قوله: أو علقت عتقه كالتدبير، ليس على إطلاقه بل ذلك إذا كانت موسرة كما ذكره فى «العزيز» «الروضة».

وقوله: فإن لم تختر نزع ثم بيع له بقدر قيمة نصفه إن زاد ثمن، وإلا قُضى له به.

---

(١) فى ط: إعتاق المبيع.

أى: إذا كان الخيار للمرأة كما فى حال زيادة الصداق فلم تختر تسليم نصف الصداق ولا قيمته، لم تحبس المرأة لتسليم القيمة.

بل ينزع الصداق من يدها؛ لكونه مشتركًا وليس لأحد الشريكين الاستقلال بالمشترك دون رضا صاحبه.

وإن أصرت، باع الحاكم منه بقدر قيمة نصف الصداق إذا وجد راغبًا يزيد فى الثمن، وإن لم يجد من يشتريه إلا بقيمته، قضى له به إذ لا فائدة فى بيعه.

وقوله: أو أبى لنقص فى يدها بنحو زرع وحمل أو كبر أذهب غرضًا أو إبدال صنعة وبهبته له وهو عين لا دين.

أى: ويرجع إلى قيمة الصداق إذا حصل فيه نقص فى يدها ولم يرض أخذه كما إذا كان أرضًا فزرعتها؛ لأن الزرع يضعف الأرض، ولأنها تستحق إبقاءه إلى الحصاد فيفوت منفعة تلك المدة.

وكذلك غرس الشجر، فإن قالت: خذه مع الزرع والشجر، لم يجبر كما مر فى الثمار مع النخل، والحراثة زيادة فى الأرض المزروعة ونقص فى أرض البناء.

والحمل زيادة من وجه ونقص من وجه، فلا يجبر على تسليم الحامل، ولا هو على قبولها لما يحصل به من الضعف فى الحال والخطر فى المآل.

وإن كانت دابة مأكولة فلحمها[1] لا يطيب إذ الحامل كالمريض، وإن لم تكن مأكولة فإنها تضعف عن حمل الأثقال.

والكبر إذا أذهب غرضا ككبر العبد الصغير فإنه زيادة فى وجه لأنه أقوى وأعرف، ونقصان من وجه لأن الصغير يدخل على النساء وأبعد من الغوائل.

وكبر الشجر إن نقصت به الثمرة، ففيه زيادة من وجه، وهو كثرة الحطب، ونقصان من وجه وهو نقص الثمرة.

أما كبر الشجرة إذا لم تنقص الثمرة، فهو زيادة محضة، وكذلك تبديل الصنعة.

فإذا أصدقها خلخالًا فكسرته أو جعلته دملجًا، فهو نقص من وجه وزيادة من وجه، فلا يجبر أحد منهما على أخذه.

بخلاف ما إذا أعادته إلى صنعته الأولى فإنه يجبر لا هى.

وإذا وهبت الصداق من الزوج وهو عين ثم طلقها قبل الدخول، رجع عليها بنصف قيمته، بخلاف ما إذا كان دينا فى ذمته فأبرأته منه، فإنه لا يرجع عليها.

---

(١) فى ط: فلحملها.

وكذا لو وهبت له الدين على الصحيح.

والفرق أنها قبضت العين ثم تصرفت فيها، وفى حالة الإبراء أو هبة الدين، لم تقبض ما يرجع عليها به.

وقوله: وإن تلف بعض فبقسطهما.

أى: إذا أصدقها عبدين مثلا فتلف أحدهما أو باعته[1] أو أعتقته أو وهبته ولو للزوج ثم طلقها قبل الدخول، رجع إلى الزوج نصف العبد الباقى ونصف قيمة التالف، فالضمير فى قوله: بقسطهما، يعود على المهر وبدله.

وقوله: وبخلع بالنصف فسد نصفه لا إن خصص.

أى: وإذا خالعها الزوج قبل الدخول على نصف الصداق وقع شائعًا فى نصف ما يرجع إليه ونصف ما يبقى لها.

فيفسد فى نصف ما يرجع إليه ويصح فى نصف ما يبقى لها، فيأخذه مع نصف مهر المثل؛ لأن الفاسد نصف العوض فيرجع إلى نصف مهر المثل.

هذا إذا أطلق النصف، وأما إذا خصص بأنْ خالعها على النصف الذى يبقى لها بعد الطلاق، فإنه يصح فيه.

وقوله فى «الحاوى»: والخلع بنصفه يفسد نصف البدل، إطلاقه يقتضى أن الخلع بنصف المهر يفسد بنصف البدل، وقد بينا أنه لو خالعها على النصف الذى يبقى لها لصح فى كل ما يخالع به.

وقوله: ولا يعفو ولى.

أى: ولا يجوز للولى أن يعفو عن صداق موليته - ولو كان أباها - صغيرة كانت أو كبيرة؛ إذ ليس له إسقاط حق مولى عليه. وأما قوله تعالى: ﴿أَوْ يَعْفُوَا الَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٧] فقال الشافعى: الذى بيده عقدة النكاح فى حالة العفو هو الزوج لتمكنه من رفعها بالطلاق.

وأما الولى فلا عقدة بيده بعد العقد، ومعنى الآية: إلا أن يعفو الزوجات عن نصيبهن ويبقى الكل للأزواج أو يعفو الزوج عن نصيبه فيبقى الكل للزوجة..

* * *

---

(١) فى ط: بإعتاقه.

ما يوجب المتعة للزوجة

وقوله: ولمفارقة لا بموت وشرائه وبسببها إن عدم مهر أو تم متعة ما رآه قاض قدرهما ولو فوق نصف المهر.

أى: شرع فى بيان ما يوجب المتعة للزوجة على الزوج[١]، فإذا فارق الرجل امرأته، نظرت:

فإن كان بموته أو موتها لم تجب متعة؛ لأنها إنما تجب لما يلحقها من الابتذال وإيحاش الزوج إياها.

وكذلك إذا اشتراها الزوج فانفسخ النكاح فالأصح أنها لا تستحق متعة.

وكذلك إذا كانت الفرقة بسببها كما إذا ارتدت أو أسلمت دونه ولو تبعًا لأبويها أو اشترته؛ لأنها إذا كانت بسببها فلا ابتذال عليها بالفرقة.

وإن كان بطلاق منه أو خلع أو ارتداد الزوج - لا[٢] إن ارتدا معًا - فتستحق المتعة لأن المغلب جانبه.

وما كان بسبب غير الزوجين، فله حكم الطلاق، كوطء أبى الزوج أو ابنه زوجته بالشبهة، أو إرضاع أمه أو ابنته لها.

والخلع كالطلاق لما ذكرناه فى التشطير، وإنما تستحق المتعة مَنْ عدم المهر فى حقها فلم يثبت لها بتسمية ولا فرض ولا وطء.

ومن وجب لها المهر بتمامه، وهى من طلقت بعد الدخول، فإنها تجب لها المتعة أيضا؛ لقوله تعالى: ﴿فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب: ٢٨].

وقد كن مدخولاً بهن، وأما من لم يدخل بها، إذا فارقها فليس لها غير نصف المهر شىء؛ لأنه لم يستوف منفعة بضعها فكفى شطر المهر عوضًا من الابتذال.

والمدخول بها قد استوفيت منفعة بضعها، والمهر فى مقابلة ذلك؛ فوجب للابتذال والإيحاش شىء آخر.

وليس للمتعة حد مخصوص، فإن اتفقا على شىء قل أو كثر، فذاك.

وإن لم يتراضيا، قدرها القاضى بما يراه لائقًا[٣] على قدر حالهما جميعًا، وقيل:

---

(١) (المتعة): هى الشىء الذى يتبلغ به، ويستعان به على ترائح الحال فى الدنيا.
وشرعًا: مال يجب على الزوج دفعه لامرأته لمفارقته إياها بشروط.

(٢) فى أ: وكذا.

(٣) فى ط: لأيتهما.

على قدر حاله، وقيل: يجوز أقل متمول، والأصح أنه ما يراه القاضى فإن زاد على نصف مهر المثل جاز، وقيل: لا يجوز أن يبلغ به النصف.

وقوله فى «الحاوى»: ولمفارقة لا بسببها ولا مهر لها أو لها الكل، يرد عليه أمران: أحدهما: الموت فإنه مفارقة لا بسببها ولا متعة لها فيه.

الثانى: إذا اشتراها فإن النكاح ينفسخ لا بسببها، ولا متعة لها على الأصح كما ذكره فى «العزيز» و«الروضة» وغيرهما.

وقوله: وإن أنكر تسمية مهر أو زيادة ولى لنحو طفلة أو نقصه لطفل عن مهر مثل أو قال: أصدقتك أباك، وقالت: بل أمى - تحالفا وعتق الأب ووقف ولاؤه، فإن نكل وحلفت عتقا.

أى: إذا اختلف الزوجان أو الزوجة والوارث، فقالت: سميت لى مهرا وهو ألف، وقال: لم أسم لك شيئًا - تحالفا؛ لأنه اختلاف فى قدر المهر.

فهو يدعى مهر المثل، وهى تدعى ألفًا، فإذا تحالفا وجب مهر المثل، وإنما يظهر هذا الاختلاف عند كون الذى تدعيه أكثر من مهر المثل.

وإذا اختلف الزوج وولى الصغيرة أو المجنونة، فقال الزوج: العقد بمهر المثل وهو ألف، وقال الولى: بل ألفين - تحالفا، وكذلك إذا قال ولى الطفل أو المجنون: عقدنا بألف، ومهر المثل ألفان، وقالت الزوجة: بل بألفين - تحالفا؛ لأن الولى هو المالك للعقد، والمستوفى للمهر، فإقراره مقبول فى النكاح والصداق.

وفهم من شرطه زيادة ولى الطفلة[1] ونقص ولى الطفل[2]، أنه لو ادعى الزوج أقل من مهر المثل، وادعى الولى مهر المثل، أو الزوجة أكثر من مهر المثل، وولى الطفل مهر المثل، أنه لا تحالف؛ لأن تزويج وليها بدون مهر المثل أو وليه بأكثر، يوجب مهر المثل، ولا تحالف أيضًا إذا ذكر الزوج فوق مهر المثل، وادعى الولى أكثر منه؛ لأن التحالف يرده إلى مهر المثل وهو معترف بأكثر منه، بل يأخذ ما اعترف به الزوج.

ولا يخفى حكم عكسها فى الطفل، ولم يذكر فى «الحاوى» مسألة الطفل، وقد سبق فى فصل اختلاف المتبايعين[3] فى البيوع أن الرجوع بعد التحالف إلى مهر المثل.

ولو تزوج امرأة وفى ملكه أمها وأبوها وقال: أصدقتك أباك، وقالت: بل أصدقتنى

---

(١) فى أ: ولى الطفل.
(٢) فى أ: ولى الطفلة.
(٣) فى أ: المتعاقدين.

أمي - تحالفا، فإن حلف كل منهما، عتق الأب بإقرار الزوج ولها مهر المثل.

ولا يلزمها قيمة الأب، ووقف ولاؤه؛ لأن الزوج يقول: إنه لها، وهي تنكره.

وإن حلف الزوج ونكلت، حكمنا بيمينه، وإن حلفت الزوجة ونكل، عتق الأب والأم جميعًا؛ الأب بإقراره، والأم بالحكم بيمينها، وإن نكلا جميعًا عتق الأب بإقراره.

وليس لها مطالبته بالمهر؛ لنكولها عن يمين الرد.

وقوله: وإن أقر بنكاح لا مهر كلف البيان.

أي: وإذا ادعت الزوجة أن لها عليه مهر المثل، فاعترف بالنكاح وأنكر المهر أو سكت عنه ولم يدع التفويض أمرناه بالبيان[1]، فإن ذكر قدرًا، وادعت أكثر منه تحالفا، فإن أصر على الإنكار وعدم التبيين حلفت وقضى لها بمهر المثل.

وقوله: وإن أثبتت بألف في عقدين لزم، فإن قال جددنا بلا فرقة، حلفت أَوْ ولَا وَطْءَ، حَلَفَ.

أي: إذا ادعت أن رجلا نكحها بألف في عقدين متعاقبين، كل عقد بخمسمائة مثلا، سمعت دعواها؛ لإمكان وطئها في النكاح الأول، وأنه خالعها ثم نكحها في اليوم الثاني.

ويثبت العقدان إما ببينة، أو بإقراره، أو حلفها بعد نكوله، ولا نكلفها أن تثبت بالفرقة[2] بين النكاحين؛ لأن العقد الثاني يستلزمها، ولا إن تثبت بالوطء في الأول؛ لأن الأصل استمرار المهر المسمى إلى أن يدعي الزوج مسقطًا.

فإن ادعى أنه لم يطأها، صدق بيمينه؛ لأن الأصل عدم الإصابة، وإن ادعى أن العقد الأول بحاله وإنما جدد العقد للشهرة لم يقبل؛ لأن إقدامه على العقد الثاني، اعتراف منه بانحلال العقد الأول.

* * *

(١) في أ: بالنيات.
(٢) في أ: أن تثبت بالفرقة.

الوليمة[1]

وقوله: فصل: الوليمة سنة تجب أول يوم إجابة مسلم دعا، ولم يعذر إن عم وعين لا خوفًا وطمعًا. وإلى شبهة ومؤذ، فإن كان منكر لا يزال حرمت كفرش حرير وصور حيوان بل تكره، لا صور تمتهن كبفرش وخوان وحرم صنعة ما لا يحل.

أى: اعلم أن الوليمة إذا أطلقت فهى للعرس، وإن كانت لغيره كالختان ونحوه أضيفت إليه فيقال: وليمة ختان ووليمة قدوم الغائب مع أن لكل اسمًا، فالإعذار للختان، والعقيقة للولادة، والخرس لسلامة المرأة من الطلق، والنقيعة للقدوم من السفر، والوكيرة للبناء، والوضيمة للمصيبة، والمأدبة لما يتخذ من غير سبب، وقد نظمتها فى بيتين:

---

(١) «الوليمة» لغة: مشتقة من الولم، وهو: الجمع؛ لأن الزوجين يجتمعان؛ ومنه سمى القيد: الولم؛ لأنه يجمع الرجلين وقال الزمخشرى: الوليمة من الولم، وهو خيط يربط به؛ لأنها تعقد عند المواصلة. والوليمة تقع على كل طعام يتخذ عند حادث سرور، إلا أن استعمالها فى العرس أشهر.

وقال ابن الأعرابى: أصلها تمام الشىء واجتماعه، والفعل منها: أولم.

والضيافات ثمانية أنواع:

قوله: الخرس - بالسين والصاد - هو طعام الولادة.

والخرسة: ما تطعمه النفساء، قال الزمخشرى: وكأنه سمى خرسًا؛ لأنها تصنع عند وضعها وانقطاع صرختها، وجاء فى المثل: «تخرسى لا مخرسة لك»؛ أى: اصنعى ذلك؛ فإنه لا صانع لك.

ويقال: التمر خرسة «مريم» -عليها السلام- لقوله تعالى: ﴿تُسَٰقِطْ عَلَيْكِ رُطَبًا جَنِيًّا﴾ [مريم: ٢٥].

والإعذار: من عذر الغلام: إذا ختنه، قال أبو عبيد فى «الغريب»: عذر الجارية والغلام يعذرهما عذرًا: إذا ختنهما.

قوله: والنقيعة: من النقع؛ وهو الغبار، وقيل: هو النحر. يقال: نقع الجزور: إذا نحرها، ونقع جيبه: شقه، ومنه قول المرار بن سعيد الفقعسى:

نقعن جيوبهن على حيا ... وأعددن المراثى والعويلا

وقال أبو زيد: النقيعة: طعام الإملاك، والإملاك: التزويج، وفى حديث تزويج السيدة خديجة بالنبى ﷺ: قال أبو خديجة، وقد ذبحوا بقرة عند ذلك: ماهذه النقيعة؟

وقد جمعها -أى الأطعمة المتقدمة- بعضهم بقوله:

كل الطعام تشتهى ربيعه ... الخرس والإعذار والنقيعة

قال الحافظ ابن حجر فى فتح البارى: والنقيعة: التى يصنعها القادم من السفر، وقال: وأغرب شيخنا فى التدريب فقال: الولائم سبع وهى وليمة الإملاك وهو التزوج ويقال لها: النقيعة، قال: وموضع إغرابه تسمية وليمة الإملاك: نقيعة، وقد تبع فى ذلك المنذرى فى حواشيه وقد شذ بذلك.

قوله: والوكيرة: للبناء.

قوله: والعقيقة: يوم سابع الولادة.

والمأدبة -بضم الدال وفتحها- الطعام المتخذ ضيافة بلا سبب... إلخ.

=

وليمة عرس ثم خرس ولادة عقيقة مولود وكيرة ذى بنا
وضيمة موت ثم إعذار خاتن نقيعة سفر والمآدب للثنا

وتجب الإجابة إلى وليمة العرس خاصة على الأصح دون غيرها[1] بشروط:

= قلت: والمعنى الاصطلاحى لايخرج عما ذكر فى المعنى اللغوى.

(١) حكى الشيخ أبو حامد فى التعليق فيها قولين، وأكثر أصحابنا يحكيهما وجهين:
أحدهما: أنها واجبة؛ لما روى: أن النبى ﷺ قال لعبد الرحمن بن عوف: «أَوْلِمْ وَلَوْ بِشَاةٍ».
وروى: أن النبى ﷺ أولم على صفية بسويق وتمر. ولأنه لما كانت الإجابة إليها واجبة، كان فعلها واجبًا.
والثانى: أنها تستحب ولا تجب؛ لقوله ﷺ: «لَيْسَ فِى المَالِ حَقٌّ سِوَى الزَّكَاةِ».
ولأنه طعام عند حادث سرور، فلم يكن واجبًا، كسائر الأطعمة.
وأما الخبر وفعل النبى ﷺ: فمحمول على الاستحباب.
وأما ما ذكروه من الإجابة: فيبطل بالسلام؛ فإنه لا يجب، وإجابته واجبة.
وحكى الصيمرى وجهًا ثالثًا: أن الوليمة فرض على الكفاية، فإذا فعلها واحد أو اثنان فى الناحية أو القبيلة، وشاع فى الناس وظهر، سقط الفرض عن الباقين.
وظاهر النص: هو الأول.
وأقل المستحب فى الوليمة للمتمكن شاة؛ لقوله ﷺ لعبد الرحمن بن عوف - رضى الله عنه وأرضاه -: «أَوْلِمْ وَلَوْ بِشَاةٍ». فإن نقص عن ذلك، جاز؛ لما روى: أن النبى ﷺ أولم على صفية - رضى الله عنها - بسويق وتمر، وهذا أقل من شاة فى العادة
هل تجب الإجابة على من دعى إلى وليمة عرس؟ فيه وجهان:
أحدهما: لا يجب عليه الإجابة، وبه قال مالك وأحمد؛ لأن الشافعى - رضى الله عنه - قال: ولو أن رجلًا أتى رجلًا وقال: إن فلانًا اتخذ دعوة وأمرنى أن أدعو من شئت، وقد شئت أن أدعوك - لا يلزمه أن يجيب.
والثانى - وهو المذهب -: أنه يلزمه أن يجيب؛ لما روى أن النبى ﷺ قال: «من دعى إلى وليمة، فلم يجب، فقد عصى أبا القاسم»، وروى: «فقد عصى الله ورسوله»، وقال ﷺ: «أجيبوا الداعى فإنه ملهوف»، وقال ﷺ: «من دعى إلى وليمة فليأتها» وهذا أمر، والأمر يقتضى الوجوب. وما احتج القائل به من كلام الشافعى - رضى الله عنه -فلا حجة فيه؛ لأن صاحب الطعام لم يعينه.
إذا ثبت هذا، وأن الإجابة واجبة، فهل تجب على كل من دعى؟ أو هى فرض على الكفاية؟ فيه وجهان:
أحدهما: أنها فرض على الكفاية؛ فإذا أجابه بعض الناس سقط الفرض عن الباقين؛ لأن القصد أن يعلم ذلك ويظهر، وذلك يحصل بإجابة البعض.
والثانى: يجب على كل من دعى؛ لعموم قوله ﷺ: «من دعى فلم يجب فقد عصى أبا القاسم»، وكذلك عموم سائر الأخبار.
وأما إذا دعى إلى وليمة غير العرس فذكر ابن الصباغ: أن الإجابة لا تجب عليه قولا واحدًا؛ لأن وليمة العرس آكد؛ ولهذا اختلف فى وجوبها، فوجبت الإجابة إليها، وغيرها لا تجب بالإجماع فلم تجب الإجابة إليها.
وذكر الشيخ أبو حامد فى التعليق والمحاملى: أنها كوليمة العرس فى الإجابة إليها، وهو =

منها: أن يكون الداعى مسلمًا، أما الكافر فلا تجب إجابته على المذهب، وأن يدعوه أول يوم، فإن أولم ثلاثة أيام وجبت الإجابة فى الأول دون الثانى وكرهت فى الثالث.

وأن يكون الداعى ممن يظن حل[1] طعامه، فإن ظن حرمته كمن أكثر ماله حرام لم يجب بل يكره، فإن علمه حرامًا حرمت الإجابة.

وأن تكون الدعوة عامة لفقراء العشيرة والجيران وأغنيائهم، فإن خص بها الأغنياء منهم لم تجب لقوله ﷺ: «شر الطعام طعام الوليمة يدعى إليه الأغنياء ويترك الفقراء»[2].

وأن يعين الشخص المدعو، أما إذا فتح بابه ونادى: ليدخل من سمع النداء، أو قال لرجل: أحضر من تعرف من أصحابك - فإنه لا يجب عليهم الحضور لأن الامتناع من هذا لا يورث وحشة.

وألا يدعو الشخص خوفًا منه أو طمعًا فيه فإن إجابة من يدعى بذلك لا تجب.

فإن دعاه ووجب عليه الحضور، فأرسل إليه يعتذر فرضى بتأخره، سقط عنه الوجوب.

وكذلك إذا كان فيمن يحضر الوليمة من يتأذى المدعو بحضوره أو احتاج إلى مجالسة من لا يليق به[3] مجالسته، لم يجب الحضور.

فإن كان هناك منكر من شرب الخمر وأصوات الملاهى ونحوه، لم يجب الحضور بل يحرم إن كان لا يزول بحضوره أو حضور من يحضر معه، إلا إن كان فى المجلس فرش حرير أو صور حيوان فالأصح أن الحضور مكروه لا حرام ولو كان معدودًا من المنكرات، هذا إذا كانت الصورة مرفوعة عن الأرض كالوسائد المنصوبة والستائر المعلقة، فإن كانت فى فراش[4] توطأ وتمتهن فلا مبالاة بها، وكذلك إذا كانت على مخدة يتكأ عليها أو خوان أو طبق أو قصعة، وتصوير الحيوان محرم لقوله ﷺ: «من صور صورة عذب،

= الأظهر؛ لقوله ﷺ: «من دعى فلم يجب، فقد عصى أبا القاسم»، وقوله ﷺ: «أجيبوا الداعى؛ فإنه ملهوف» ولم يفرق. وهذا نقل أصحابنا البغداديين.

وقال المسعودى: إذا دعى نقرى لم يلزمه الإجابة، وإن دعى جفلى بأن فتح الباب لكل من يدخل فلا يلزمه أيضًا، وإن خصه بالدعوة مع أهل حرفته فيلزمه؛ ولو لم يجب فهل يعصى؟ فيه وجهان:

والنقرى: أن ينتقر قومًا دون قوم، قال الشاعر:

نحن فى المشتاة ندعو الجفلى ... لا ترى الآدب فينا ينتقر

الآدب: الداعى

(١) فى ط: يحل.

(٢) أخرجه البخارى (٥١٧٧) ومسلم (١٠٧/ ١٤٣٢).

(٣) فى ط: له.

(٤) فى ط: فرش.

وكلف أن ينفخ فيها الروح وليس بنافخ أبدًا»[(١)]، وكذلك تحرم صنعة كل ما لا يحل؛ كالمزمار والطنبور وأوانى الذهب والفضة، فخرج بقوله «صور حيوان» صور الشجر والشمس والقمر؛ لأن ابن عباس - رضى الله تعالى عنهما - لما حدث بحديث: «من صورة عذب» أتاه رجل فقال: ما أعرف صنعة غيرها، فقال: إن لم يكن بد فصور الأشجار، وأما المرور فى دهليز البيت والحمام وفيه الصور، فلا يحرم ولا يكره لعدم الاستقرار فيه.

وقوله فى «الحاوى»: والوليمة سنة إلى قوله: ويحرم الحضور، فيه أمران:

أحدهما: أنه أهمل مما يسقط به الوجوب ثلاثة:

الأولى: وليمة من أكثر ماله الحرام، فإن الحضور فيه لا يجب.

الثانى: الدعاء العام لا يوجبه فلا يجب إلا بدعاء خاص للمدعو.

الثالث: كون الوجوب سقط عمن اعتذر وتخلف برضا صاحب الوليمة.

الثانى: قوله «وصنعته» الضمير يعود على المذكر، وقد عد من المنكر فرش الحرير فاقتضى أن صنعة فرش الحرير محرمة، وليس كذلك؛ فإن الأصح أن للنساء افتراش الحرير ولكن التصوير حرام، وكذا صنعة سائر الملاهى.

وقوله: وله ولضيف أكل بقرينة، وندب وفى صوم نفل لإرضاء وملك ما ازدرد وجاز أخذه بعلم رضا.

أى: ويجوز الأكل بالقرينة كتقديم الطعام إلا إذا كانوا فى انتظار غائب، فإنه لا يأكل إلا بإذن صريح سواء كان ذلك فى وليمة أو ضيافة، وإن كان المدعو صائمًا نظرت، فإن كان نفلا وشق إمساكه على الداعى أو المضيف استحب له أن يأكل حتى يرضيه لذلك، وإن كان صومه فرضا لم يفطر إلا إذا كان موسعًا، وقلنا: يجوز الخروج منه، والأصح أن الخروج منه لا يجوز وأما المفطر فيستحب له الأكل، وفى وجوبه عليه وجهان: الأصح لا يجب ولا يأكل إلا قدرًا يعلم أن المضيف يرضى به، فإن شك لم يجز له الأكل، وليس له التصرف فيه بما سوى الأكل فلا يعطى سائلاً ولا يلقى هرة.

ويجوز للضيفان أن يلقم بعضهم بعضا إن سوى بينهم فى الطعام [وليس لمن خصص بنوع أن يطعم منه غيره فالتخصيص مكروه، والأصح أن الضيف لا يملك الطعام][(٢)] بوضعه بين يديه ولا بأخذه اللقمة ولا بوضعها فى الفم، بل يتبين بالازدراد أنه ملكها قبله

---

(١) أخرجه البخارى (٧٠٤٢) ومسلم (١٠٠/ ٢١١٠) والترمذى (١٧٥١)

(٢) ما بين المعكوفين سقط فى ط.

فيجوز لصاحب الطعام أن يرجع فيه ما لم يزدرده الضيف.

ويجوز لمن علم من أخيه الرضا أن يأخذ من طعامه ويستأذنه ويختلف بقدر المأخوذ وبجنسه وبحال الضيف والدعوة.

وإن شك فى وقوعه فى محل المسامحة فالصحيح التحريم.

وقوله: ونثر و لَقْط لا ممن أخذ أو بسط له ذيله وإن سقط.

أى: وجاز فى الإملاك نثر الجوز واللوز والحلوى والسكر ونحو ذلك، وجاز لقطه من غير كراهة، وقيل يكره، وقيل يستحب؛ لما روى عن جابر - رضى الله تعالى عنه قال: إن النبى ﷺ حضر فى إملاك وأتى بأطباق عليها جوز ولوز وتمر، فنثرت فقبضنا أيدينا فقال: «ما لكم لا تأخذون»! فقالوا: إنك نهيتنا عن النهبى فقال: «إنما نهيتكم عن نهبى العساكر، خذوا على اسم الله»، فتجاذبناه[1]، ثم قال: «من أخذ شيئًا لا يؤخذ منه».

وكذلك إذا بسط له ذيله ووقع فيه فإنه يملكه وإن سقط، كما إذا وقع الصيد فى الشبكة ثم أفلت، نعم إن كان من بسط له ثوبه يعلم أنه لا يأخذه فإنه لا يملكه بذلك، وكان لغيره أخذه وإليه الإشارة بقوله: «أو بسط له ذيله» أى بسط للأخذ، والله سبحانه أعلم.

* * *

(١) أخرجه البيهقى (٧ / ٢٨٨) عن معاذ بن جبل وقال: فى إسناده مجاهيل وانقطاع. وقال الحافظ فى التلخيص (٣/ ٤٠٧): وأغرب إمام الحرمين فصححه من حديث جابر وهو لايوجد ضعيفاً فضلًا عن صحيح.

القسم بين الزوجات والنشوز(١)

وقوله: باب: يجب لزوجات غير معرض قَسْم ولو لحائض ورتقاء لا لطفلة ومعتدة وناشزة كأن دعاهن إلى بيته فأبت أو سافرت بلا إذن أو لغرضها.

أى: ويجب للزوجات إذا لم يعرض عنهن جميعًا العدل فى القسمة؛ لقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ١٩] وللحديث: «إذا كان للرجل امرأتان ولم يعدل بينهما جاء يوم القيامة وشقه مائل»(٢).

وإن عطلهن جاز وكره، ولا تجب التسوية فى الجماع؛ لأن ذلك قد لا يتأتى. والأولى التسوية فيه وفى جميع الاستمتاعات، ويقسم للحائض والنفساء والمحرمة والمولى منها والمظاهر عنها وللمريضة والرتقاء والقرناء والمراهقة لا الصغيرة وإن سلمت إليه برضا الولى لأنها ليست محلا للاستمتاع أصلا.

ويقسم للمجنونة التى لا يخاف منها.

---

(١) لما أباح الله - سبحانه وتعالى - للزوج التعدد إلى أربع تلمس المضللون من ذلك طريقًا للطعن على الدين الإسلامى؛ زاعمين بحسب أهوائهم الفاسدة وما سولت لهم نفوسهم الخبيثة أن فى هذا ضياعًا لحق المرأة، ولحوق الضرر بها، وسوء العشرة معها، ودين هذا شأنه ليس بالدين المستقيم؛ بل هو دين الظلم والاستعباد.

ولبئس ما قالوا؛ فقد افتروا على الدين الإسلامى بجهالتهم وضلالتهم وقلة تدبرهم، وما نشأ هذا - والعياذ بالله - إلا من عمى بصيرتهم ﴿فَإِنَّهَا لَا تَعْمَى ٱلْأَبْصَٰرُ وَلَٰكِن تَعْمَى ٱلْقُلُوبُ ٱلَّتِى فِى ٱلصُّدُورِ﴾ [الحج: ٤٦].

وإذا تأملوا ولو قليلا لوجدوا الدين الإسلامى هو دين الشفقة والرحمة والعطف والرأفة، فما أباح التعدد إلا لمصلحة قويمة يعرفها ذوو الذوق السليم، ولم يترك للظلم أثرًا فى هذا السبيل؛ بل أبان الطريق الذى يسلكه زوج الزوجات حتى لم يبق للجور مجال.

فالشارع الحكيم لم يبح تعدد الزوجات مطلقًا؛ بل قرنه بما يرفع الجور والظلم؛ قال - تعالى - ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا۟ فَوَٰحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٣] فإنك تفهم من معنى الآية أن الله - سبحانه وتعالى - حرم الزيادة على واحدة إذا خيف عدم العدل لو جمع بين اثنين أو أكثر، ومنه يعلم أن العدل واجب.

وقد جاءت أحكام القسم بين الزوجات خير شاهد على وجوب العدل بينهن، مما يلجم ألسنة الحانقين الحاقدين على تلك الشريعة الغراء، إذا ثبت هذا فإن من كان تحته واحدة فقط لا يجب عليه أن يبيت عندها؛ بل له الإعراض عنها؛ لأن المبيت حقه، فله تركه كسكنى الدار المستأجرة؛ ولأن فى داعية الطبع ما يغنى عن إيجابه، لكن يستحب أن يبيت عندها؛ لأنه من المعاشرة بالمعروف المأمور بها؛ ولأنه أحصن لها، وأغض لطرفها، وأدنى درجاته ألا يتركها أكثر من ثلاث ليال؛ اعتبارًا بمن عنده أربع نسوة. ويندب أن يناما فى فراش واحد إلا لعذر كمرض مخوف ونحوه، ويكره الإعراض عنها حينما يؤدى إلى الإضرار بها؛ لا سيما إذا كانت عنده سرية جميلة وآثرها؛ لأنه مناف للعشرة بالمعروف.

(٢) أخرجه أبو داود (٢١٣٣) والترمذى (١١٤١) وابن ماجه (١٩٦٩).

ولو وطئت امرأة من نسائه بشبهة لم يقسم لها مدة العدة؛ لحرمة الخلوة بها، ولا يقسم لناشزة سواء كانت عاقلة أو مجنونة، كمن منعته الوطء أو الاستمتاع أو ادعت عليه الطلاق أو خرجت عن المسكن.

ومن النشوز أن يدعو نساءه إلى منزله فى لياليهن ويدعوها فى ليلتها فتمتنع فيسقط حقها من القسم.

واحترز بقوله «إلى بيته» مما إذا دعاهن إلى بيت إحدى نسائه فإنها لا تلزمها الإجابة.

ومن ذلك أن تسافر بغير إذنه أو بإذنه ولكنه فى غرضها فلا قسم لها بخلاف ما إذا سافرت بإذنه فى حاجته.

وقوله فى «الحاوى»: وإن امتنع الوطء شرعًا أو طبعًا دخل فيه الصغيرة ولم يستثنها كما استثنى المعتدة والناشزة، وهى لا حق لها فى القسم أيضا.

وقوله: ولمصلحة طاف ولى بمجنون يؤمن إن لم تضبط إفاقته وقضيت.

أى: إذا كان الزوج عاقلاً فهو يتولى أمر نفسه، فإن كان مجنونًا وأمن من شره وكان له فى الوطء مصلحة إما لشدة شبق، وقيل: إنه يشفيه من الجنون، أو كان عليه قضاء لبعضهن وطالبت ذات الحق طاف به وليه.

ولا يطوف به إذا تضرر بالوطء لأنه لا مصلحة له فى ذلك فإن كان متقطع الجنون نظرت:

فإن كانت أوقات الإفاقة منضبطة كيوم ويوم تولى القسم فيها بنفسه ولغت أيام الجنون وجعلت كالغيبة.

وإن لم تنضبط طاف به الولى عليهن، وإذا اتفق أنه أفاق ليلة أو بعضها مع واحدة انتظر إفاقة أخرى وقضى بها للأخرى.

[وقوله فى «الحاوى»: على العاقل والولى أن يطوف بمجنون مأمون لم يضره الوطء، فيه أمران:

أحدهما: قوله: «على العاقل» دخل فيه المراهق:

قال القونوى: قد لا يستحسن قوله: «على العاقل» بعد قوله فى أول الفصل «يجب للزوجات» ؛ لأن الواجب يقتضى تركه الإثم، والمراهق لا يأثم إن جار فى القسم. ولا يأثم وليه. انتهى.

لكن ذكر فى «الروضة» ما يقضى أن الولى يجب عليه أن يمنعه من الجور فإن قصد ذلك أثم الثانى.

وقوله: «إن الطواف بالمجنون يجب على الولى» لوجود هذين الشرطين فقط وهو لا يجب عليه ذلك إلا إذا قيل إن فى الوطء شفاءه، أو كان شديد الميل إلى النساء، أو كان عليه قضاء، وقد قال فى «الإرشاد»: ولمصلحة طاف ولى بمجنون يُؤمن، والمصلحة تشمل ذلك كله][1].

وقوله: وأقله ليلة وأكثره ثلاث وبدأ بقرعة ولحرة ليلتان ولأمة ليلة لا إن عتقت قبل فجر ليلتها.

أى: وأقل القسم ليلة فلا تنقص النوبة، والأولى ألا يزيد عليها اقتداء برسول الله ﷺ[2] وليقرب عهده بهن، وله أن يزيد إلى ثلاث؛ لأنه فى حد القرب لا أكثر إلا برضاهن، ولا يقسم ليلة ونصفا، ولا يجوز أن يبدأ بمن يشاء منهن إلا برضاهن وإلا فبالقرعة، فإن كن أربعًا أقرع ثلاث مرات فيقرع للأولى، فإذا انقضت نوبتها أقرع بين الثلاث ثم بين الثنتين، وليس المراد بقوله فى «الحاوى»: «بدأ بالقرعة أو أعرض عنهن»: أنه ليس له إلا الإقراع أو الإعراض، بل له البدأة بمن شاء إذا رضين.

وإنما أراد أن يبين أن القسم لا يجب على الإطلاق، وإنما يجب إذا لم يعرض عن جميعهن، ولا يجوز أن يفضل إحداهن لشباب أو شرف وغيره إلا الحرة، فإن لها ضعف ما للزوجة الأمة من القسم، ويتصور اجتماعهما فى نكاحه بأن نكح أمة ثم يوسر فينكح حرة.

نعم إن عتقت الأمة قبل استكمال نوبتها فلها حكم الحرائر. والمراد بالنوبة الليل فإن الأيام تبع، فإذا عتقت فى أثناء النوبة فلا يخلو أن يكون قد بدأ بالحرة أو بالأمة.

فإن كان قد بدأ بالحرة فإما أن تعتق فى نوبة الحرة أو فى نوبة نفسها، فإن عتقت فى نوبة الحرة نظرت: فإن عتقت فى ليلتها الأولى أتمها وبات الليلة الثانية عند العتيقة.

وإن عتقت فى الثانية نظرت: فإن أتمها بات عند العتيقة ليلتين وإن خرج وبات وحده لم يلزمه قضاء ما فات من تلك الليلة وإن عتقت فى نوبة نفسها، فإن عتقت قبل تمام ليلتها أكمل لها ليلتين أو بعد تمامها اقتصر عليها ثم سوى بينهما بعد ذلك.

هذا إذا كانت البدأة بالحرة.

فإن كانت بالأمة وعتقت قبل تمام ليلتها صارت كالحرة فيسوى بينهما.

وإن عتقت بعد تمام ليلتها فالذى قطع به الإمام والمتولى والغزالى والسرخسى أنه يبيت

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) يشير إلى حديث عائشة أن النبى ﷺ كان يقسم بين نسائه فيعدل ويقول: «اللهم هذه قسمتى فيما أملك =

عند الحرة ليلتين فى مقابلة تلك الليلة ثم يستويان.

وقال البغوى: إن عتقت فى ليلة الحرة الأولى اقتصر عليها، أو فى الثانية خرج إلى موضع فسوى بين أن تكون البدأة بالحرة أو بالأمة.

والفرق ظاهر فإن الأمة حيث كانت البدأة بها قد استوفت ليلتها وهى أمة فتستوفى الحرة منها بإزائها ليلتين وهو الموافق لما فى «الحاوى».

وقوله: ولجديدة بكر سبع ولثيب ثلاث، فإن سبع بطلبها قضى لكل سبعًا وإلا فالزائد.

أى: وإذا تزوج جديدة فإن كانت بكرًا وجب أن يقيم عندها سبعًا، وإن كانت ثيبًا وجب ثلاث للإيناس وحصول الألفة.

وذلك يحصل مع الثيب بالثلاث، والبكر أكثر حياء وقد لا تزول الوحشة عنها بدون السبع.

ثم يستحب أن يخير الثيب بين أن يقيم عندها سبعًا ويسبِّع للباقيات، أو ثلاثًا ثم يدور عليهن بالسوية، فإن طلبت السبع سَّبع لهن، وإن أقام عندها سبعًا بغير طلب منها قضى الزائد فقط وهو أربع.

ولو طلبت دون السبع لم يقض إلا الزائد فقط.

وينبغى ألا يترك فى السبع والثلاث الخروج لشىء من أعمال البر كحضور الجماعات وشهود الجنازات وإجابة الدعوات ونحوها.

هذا فى النهار، وأما فى الليل فقالوا: لا يخرج لها لأنها مندوبات والمقام عندها[1] واجب.

وينبغى أن يسوى بينهن فى ذلك فلا يخص بالخروج للجماعات ونحوها نوبة واحدة بلا إذن فإن ذلك ظلم.

وإنما تستحق الجديدة السبع والثلاث على من له زوجة أخرى أو زوجات يقسم لهن.

وأما من لا زوجة له فلا حق للجديدة عليه.

وقوله: وندب لواحدة مبيت ولو ليلة من أربع ولإماء قسم.

أى: ويستحب لمن ليس له إلا زوجة واحدة أن يبيت معها ولو ليلة من أربع.

وكذا يستحب لمن له إماء أن يقسم ويسوى بينهن لما فيه من حسن العشرة، ولا يجب

= فلا تلمنى فيما تملك ولا أملك».

(١) فى ط: معها.

ذلك لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٣] فلا حق للأمة على سيدها فى ذلك.

وقوله: ولا يأتى واحدة ويدعو أخرى بلا عذر ولا يجمعهن قهرًا بمساكن اتحدت مرافقها.

أى: لا يجوز أن يأتى بعضهن إلى منزلها ويدعو غيرها إلى منزله لما فيه من إظهار الإيثار الموغر للصدر.

نعم إن كان لها عذر من مرض، أو كانت شابة يكره خروجها وكانت الأخرى عجوزًا، أو كان منزلها قريبًا ومنزل تلك بعيدًا فخفف على نفسه كلفة السير فلا بأس بذلك.

وأطلق فى «الحاوى» المنع ولم يستثن حال العذر ولا بد منه، ولا يجوز أن يجمع ضرتين فى مسكن واحد إلا برضاهما؛ لأن ذلك يفضى بهما إلى التخاصم والتنازع.

فإن جمعهما فى دار وكانت كل واحدة منفصلة بمسكن ومرافقه من المستحم والمطبخ ونحو ذلك جاز.

ويكره أن يطأ إحداهما بحضرة الأخرى، وللمطلوبة أن تمتنع ولا تكون ناشزة.

وقوله: والأصل ليل ولمحترف به نهار ولمسافر وقت نزول، ودخل فيه على ضرة لضرورة إن خفف، ونهارًا لحاجة، وإلا عصى وقضى لا وطئًا ولحظة ولو بعد تجديد ولا ولاءً من نوب غير الظالمة، فإن تم ليلاً خرج وانفرد.

أى: الأصل فى القسم وعمدته الليل؛ لأنه وقت الخلوة والاستمتاع إلا أن يكون[1] الزوج ممن يحترف بالليل كالأتونى والحارس فإن النهار فى حقه كالليل فى حق غيره.

وكذلك المسافر الأصل فى قسمه وقت النزول، ولا يجوز أن يدخل فى الأصل الذى هو الليل أو بدله فى نوبة واحدة على الأخرى إلا لضرورة كموتها ومرضها المخوف بشرط أن يخفف.

وأما النهار فحكمه أخف فيجوز أن يدخل لحاجة كإخراج متاع أو إدخاله وعيادة وتناول نفقة.

وينبغى ألا يطيل، ولا يجوز أن يجامع، فإن دخل ليلاً لغير ضرورة أو نهارًا لغير حاجة قضى مثل تلك المدة إلا إن كان زمن الدخول يسيرًا فإنه لا يجب قضاؤه.

وإذا جامعها فى نوبة غيرها، قضى مدته لا هو، فإن فرض فى زمن يسير، لم يجب قضاء مدته.

---

(١) فى ط: إذ كان.

ولو طلق المظلومة أو التى ظلمت بها ثم راجع أو جدد النكاح وجب عليه أن يقضيها من نوبته ولا يسقط حقها بانتهاء النكاح.

وإذا قضى للمظلومة فليقضها ولاء من حق من ظلمها[١] بها من غير تفريق.

فإن كان عنده امرأتان فبات عند واحدة عشرين ليلة، استحقت الأخرى عشرين ليلة متوالية؛ لأنها ظلمتها بعشرة، وعشرةٌ تأخذها عن حقها الثابت بالقسم، وإن كن ثلاثا فبات عند امرأتين عشرين ليلة إما عشرًا عشرًا أو ليلة ليلة، فإنه يقضى المظلومة عشرًا متواليات ولا يفرقها كالدين المنجم إذا حل واجتمع فى الذمة؛ لأن الذى ظلمت به من العشرين ست ليال وثلثان فهى فى هذه العشرة فتستوفى حقها منها وهو ثلاث ليال وثلث وحق الضرتين منها وهو ست ليال وثلثان وهو القدر الذى ظلمت به، فلو نكح والحالة هذه جديدة، قدم حق الزفاف على القضاء ثم يقضى من حقهن، فيقسم للجديدة ليلة، وللمظلومة ليلة ويقضى حق ضرتيها ليلتين، ويقرع بين المظلومة والجديدة للابتداء، فإن خرجت القرعة للجديدة بات عندها ليلة ثم عند المظلومة ثلاث ليال فيوفيها فى ثلاث نوب تسع ليال ويبقى لها ليلة، فيبيت عند الجديدة ثلاث ليال لأنها لا تستحق إلا الثلاث، ثم يخرج إلى موضع آخر ينفرد فيه، ثم يقضى عن المظلومة بها الليلة العاشرة، ثم بعد ذلك يقسم، وإن خرجت القرعة للمظلومة، بدأ بها وبعد تمام التسع بالنوب الثلاث يبيت عند الجديدة ليلة ثم يبيت الليلة العاشرة عند المظلومة، ثم يبيت عند الجديدة ثلث ليلة ويخرج بعد تمام الثلث إلى موضع آخر منفرد، ثم بعد ذلك يقسم على زوجاته كما مر. وإلى هذا أشار بقوله: «فإن تم ليلا خرج وانفرد».

وقوله: وإن وهبت نوبة لضرة رد لا هى أو له خص من شاء ولا يوصل مفرق.

أى: وإذا وهبت واحدة من نسائه نوبتها لإحدى ضرائرها كان للزوج أن يمنعها وترد الهبة لأن الاستمتاع حقه، وإن رضى بذلك ولم ترض الضرة الموهوب لها لم يكن لها أن ترد الهبة، وإن وهبت النوبة له فله أن يخص بها من شاء منهن على الصحيح، وقيل: تسقط ليلة الواهبة للزوج خاصة، وإذا صار للموهوب لها ليلتان نظرت: فإن كانتا متصلتين مشى به على ذلك، وإن كانتا متفرقتين وأراد أن يوالى بينهما لم يكن له ذلك على الأصح.

وقوله: ولها ولمبيح ثمر رجوع وضاع فائت قبل علمه أو بسفر ببعض أو تخلف فيه بقرعة لا لنقلة ومدة إقامة.

أى: ولمن وهبت نوبتها أن ترجع متى شاءت، وكذا لمن أباح ثمارًا، وما فات من المدة

(١) فى ط: ظلم.

قبل علم الزوج بالرجوع ومن الثمار قبل علمِّ المأذون له ضاع فلا يلزم غرمه، وقيل فيهما[١] القولان فى تصرف الوكيل قبل علمه.

وكذلك إن أراد سفرًا فله أن يسافر ببعض نسائه بقرعة كفعل النبى ﷺ[٢]، وإذا سافر ببعضهن بقرعة فله أن يخلف واحدة فى بلد بالقرعة، ثم الذى يفوت على المتأخرة عن السفر، والمتخلفة فى الطريق يضيع، فلا يقضى بل تفوز به المسافرة فى مقابلة ما يلحقها من المشقة فى السفر.

وإن كان السفر لنقلة لم يجز أن يترك بعضهن ويسافر ببعض، ولا أن يسافر بواحدة ووكيله بأخرى، فإن فعل قضى مدة السفر، ثم فى سفر الحاجة إذا أقام مدة يبطل بها الترخص فى السفر قضى تلك المدة، فإذا سار سقط القضاء فى مدة السير ما لم يقم؛ لأن حكم القرعة منسحب[٣] على الجميع.

وقوله: وبإحدى جديدتين اندرج حقها فيه وبقى للأخرى.

أى: وإذا تزوج جديدتين ثم سافر بإحداهما اندرج حق زفاف من صحبته فيما تفوز به من مدة السفر، وبقى حق زفاف الأخرى؛ لأن حقها قد ثبت قبل السفر.

ولو ظلم واحدة ثم سافر بها لم يندرج حقها كما يندرج حق الزفاف.

والفرق أن حق المظلومة يجب قضاؤه من نوب الضرائر، وأيام السفر حق لها خاصة، بخلاف حق الزفاف فإنه ليس عليهن وإنما وجب عليه ليحصل الأنس وإذهاب الوحشة، وذلك يحصل بالصحبة فى السفر.

* * *

---

(١) فى ط: فيه.
(٢) أخرجه البخارى (٥٢١١) ومسلم (٨٨/ ٢٤٤٥).
(٣) فى ط: مصحب.

النشوز[١]

وقوله: ووعظ خوف نشوز وبه هجر مضجعًا لا كلامًا فوق ثلاث وضرب لا مخوفًا إن أجدى وضمن ومنع كل من تعد، وتعرف القاضى خبرهما وإن طال بعث حكمين برضاهما.

أى: وإذا ظهر بالمرأة أمارات نشوز، استحب للزوج أن يعظها ويعرفها أن ذلك يوجب الإثم ويسقط النفقة. فإن ظهر منها النشوز هجرها فى المضجع.

وهل يجوز هجرها بالكلام؟ فيه وجهان:

رجح النووى جوازه فى ثلاث فقط؛ لقوله ﷺ: «لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام»[٢] فهذا من الهجر بغير سبب شرعى، وأما الهجر لفسق أو بدعة فلا تحريم فيه.

وعليه يحمل هجر النبى ﷺ لكعب بن مالك وصاحبيه[٣]، وفى جواز الضرب بالنشوز من غير تكرر وتحقق إضرار عليه وجهان: رجح الرافعى فى «المحرر» وكذا النووى فى «الروضة» جوازه[٤]، قال: وهو الموافق لظاهر القرآن وإن تكررت وأصرت عليه جاز

---

(١) النشوز: معصية الزوج، ومخالفته، وأصله من قولهم: نشز الشىء، إذا ارتفع، ومنه يقال للأرض المرتفعة: «نشز»، يقال: نَشَزَ الرجل يَنْشِزُ ويَنْشُزُ، إذا كان قاعدًا فنهض قائمًا، ومنه قوله تعالى: ﴿وَإِذَا قِيلَ ٱنشُزُواْ فَٱنشُزُواْ﴾ [المجادلة: ١١] ارتفعوا أو انهضوا إلى حرب أو أمر من أمور الله تعالى.
وقال أبو منصور اللغوى: «النشوز: كراهية كل واحد من الزوجين صاحبه، يقال: نشزت تنشز؛ فهى ناشز بغير هاء، وهى السيئة العشرة».
وقال ابن دريد: «نشزت المرأة، ونشست، ونشصت: بمعنى واحد»

(٢) أخرجه البخارى (٦٠٦٥) ومسلم (٢٣/٢٥٥٩) عن أنس بن مالك.

(٣) انظر صحيح البخارى (٤٤١٨) ومسلم (٥٣/٢٧٦٩).

(٤) وأما الضرب: فهو ضرب التأديب، والإصلاح، وهو كضرب التعزير، لا يجوز أن يبلغ به أدنى الحدود؛ فلا يجوز ضرب الحرة أربعين، ولا ضرب الأمة عشرين.
وإنما يضرب إن ظن أنه يفيد وإلا حرم؛ لأنه عقوبة مستغنى عنها، وإنما ضرب للحد والتعزير مطلقًا؛ لعموم المصلحة فيهما.
ولا يجوز ضرب مدم أو مبرح؛ قال - عليه الصلاة والسلام -: «اضْرِبُوهُنَّ إِذَا عَصَيْنَكُمْ فِى المَعْرُوفِ ضَرْبًا غَيْرَ مُبَرِحٍ»، والمبرح ما يعظم ألمه بأن يخشى منه، وإن لم تنزجر إلا به.
ويؤيد هذا المعنى ما نقله الرويانى عن الأصحاب: يضربها بمنديل ملفوف، أو بيده، لا بسوط ولا بعصا.
والفرق بين ما هنا وبين الحدود؛ حيث يضرب بالسوط: أن الحق هنا لنفسه، والأولى العفو؛ فخفف فيه ما لم يخفف فى غيره؛ فلا يجوز ضرب نحو نحيفة لا تطيقه، ولا على مهلك، أو وجه، وقد نهى ﷺ عن الضرب على الوجه.

الضرب قطعًا، وهو ضرب تأديب وتعزير، والأولى تركه بخلافه فى الصبى للتأديب فإن ضربه للتأديب أولى، وينبغى ألا يكون مبرحًا ولا مدميًا ويتوقى الوجه والمواضع المخوفة، فإن حصل من الضربات تلف ضمن وبان أنه إتلاف لا تأديب.

وإن تعدى الرجل عليها منعه الحاكم من ذلك بالزجر، فإن عاد عزره، وأسكنهما إلى جنب ثقة ينتهى إليه حالهما، فإذا اشتد شقاقهما و دامًا على التساب[1] الفاحش والتضارب بعث القاضى حكمين، وهل بعثهما واجب أو مستحب؟ وجهان، الأصح الوجوب، وهل هما وكيلان للزوجين أو حكمان موليان من جهة الحاكم؟ قولان أظهرهما وكيلان، فعلى هذا يوكل الزوج حكمه فى الطلاق والخلع، والمرأة توكل حكمها فى تسليم العوض وقبول الطلاق، ولا يشترط أن يكونا من أهلهما بل يستحب وينبغى أن يخلو حكمه بها وحكمها به ويعرفا ما عندهما وما فيه رغبتهما ويصلحا بينهما أو يفرقا إذا أيسا من إصلاحهما بطريق الوكالة، فإن جن[2] أحد الزوجين أو أغمى عليه لم يجز بعث الحكمين.

[وقوله فى «الحاوى»: وبأمارة النشوز وعظ، إلى قوله: بعث حكمين من أهلهما، فيه أمور:

أحدها: قوله: هجر المضجع، فاقتضى أن الهجر بالكلام لا يجوز أصلا، والأصح أنه يجوز ثلاثة أيام فما دونها.

الثانى: قوله: وإن تكرر، مقتضاه أنه لايجوز ضربها بالنشوز من غير تكرر، والذى رجحه الرافعى فى الشرح الصغير، والنووى فى «الروضة» والمنهاج من زياداته: جوازه.

الثالث: قوله: وبتعديه حيل بينهما، قال فى «العزيز»، و «الروضة»: لم يتعرضوا للحيلولة، وقال الغزالى: يحال بينهما.

الرابع: قوله: وإن أشكل بعث حكمين، وهو فى حالة الإشكال إنما يبعث من يتعرف حالهما وينهيه إليه، فإذا علم الظالم منهما نهاه وزجره، فإذا طال الشقاق بعث الحكمين، كذا ذكره فى العزيز، والروضة.

الخامس: قوله «حكمين من أهلهما» الأصح أن الحكمين وكيلان فيشترط فى بعثهما رضا الزوجين، ولم يشترطه فى الحاوى.

السادس: قوله «من أهلها» والأصح لا يشترط بل يجوز أن يبعث أجنبيين، فإن كونهما من أهلهما مستحب][3].

---

(١) فى أ: السباب.
(٢) فى ط: حيد.
(٣) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

باب الخلع[1]

وقوله: باب: خالعها أو فادى ولم يذكر عوضًا، أو بذا الغصب أو الحر أو الميتة ونحوها لا الدم، أو خالع بمجهول أو بشرط فاسد، وطلق بعضى أو بعض طلقة أو غدًا أو فى شهر معين فطلق لا بعده أو بصداق برئ فمهر مثل.

أى: اعلم أن الخلع فراق بعوض يأخذه الزوج وكذا المفاداة صريح فيه، وقد ورد بهما القرآن الكريم، وهو طلاق لا فسخ ينقص به العدد على الصحيح.

فإذا قال لزوجته: خالعتك أو فاديتك - ولم يذكر عوضا - بانت بمهر المثل للعرف المطرد: أن الخلع لا يكون إلا بمال.

فلما لم يبينه وسكت عنه كان كالخلع[2] بالمجهول.

وكذا الخلع بالمغصوب أو الحر، أو ما ليس بمال مما يقصد كالخمر والكلب وكذا الميتة؛ لأنها تقصد للضرورة، وكذا الجوارح، كل هذه إذا كان الخلع مع الزوجة وجب مهر المثل.

وإن كان مع غيرها وقع رجعيًا ولا يجب مهر، وإليه الإشارة بقوله «خالعها».

وذكر فيما يعمها وغيرها للخلع باللفظ أو خالع بمجهول وما بعده.

وإن خالعها[3] هى أو غيرها على دم وقع رجعيًا؛ لأنه لا يقصد فهو لم يطمع فى شىء.

وكذا الخلع بمجهول معها ومع غيرها يوجب مهر المثل كخالعتك بعبد أو بحمل هذه البهيمة أو بما فى يدك، وإن لم تكن فيها شىء، وتحصل البينونة.

وسواء كان الجهل فى المال أو فى أجله كخالعتك بألف إلى العطاء.

وكذا يفسد العوض بالشرط الفاسد كشرط ألا يسكنها فى العدة أو لا ينفق عليها وهى حامل.

---

(١) ثبت فى حاشية أ: الخلع شرعا: فرقة بين الزوجين بعوض مقصود يرجع إلى الزوج ولا يعتد إلا خيرًا فإن كلا من الزوجين لباس الآخر فى قوله تعالى ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ﴾ فهذه الفرقة بينهما بمنزلة المفارقة لكل منهما لباسه، والأصل فى الخلع قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِۦ﴾ والتقييد فى الأمر خرج مخرج الغالب عند الأكثرين فيجوز الخلع حال النشوز وحال الوفاق وحديث ابن عباس فى البخارى أن امرأة قيس بن ثابت أتت النبى ﷺ فقالت: يا رسول الله، إن قيس بن ثابت ما أعتب عليه فى خلق ولا دين . . .

(٢) فى ط: الخلع.

(٣) فى ط: خالعته.

وإذا قالت: طلقنى نصف طلقة، أو طلق نصفى أو يدى بألف، أو خالعه أجنبى كذلك ففعل، أو قال: طلقتك نصف طلقة، أو طلقت نصفك أو يدك، بألف فقبلت - وجب مهر المثل؛ لأن الطلاق يسرى وتتم طلقة كاملة.

والصيغة فاسدة: ألا تراه لو قال: بعت من نصفك هذا العبد أو بعتك نصف بيعة. فإن ذلك يفسد البيع.

وفساد الصيغة هنا لا يفسد الطلاق بل المسمى، فوجب مهر المثل.

وإن قالت: طلقنى غدًا، أو فى شهر معين. فطلقها فيه أو قبله طلقت بمهر المثل؛ لأن ذلك سَلَمٌ فى الطلاق والطلاق لا يثبت فى الذمة؛ لأنه[1] إذا طلقها فى الغد أو فى الشهر المعين فقد وافق ويقع بائنًا بمهر المثل؛ لحصول غرضها.

وإذا عجل لها الطلاق قبل الغد أو الشهر المعين إن أمكن فقد زادها خيرًا كما لو قالت: طلقنى واحدة بألف، فطلقها ثلاثا.

ولو طلقها بعد مضى الغد أو الشهر المعين وقع رجعيًا لأنه خالف ما أذنت فيه فكان مبتدئًا به.

وكذلك إذا أبرأته من صداقها ثم خالعته عليه وجب مهر المثل ولم يذكرها فى «الحاوى».

وقوله: كمع أمة بلا إذن ومكاتبة ولو بإذن وفى ذمتها بمسمى.

أى: ويجب مهر المثل على أمة خالعت بمال السيد أو غيره بلا إذن وتقع البينونة، وكذا الحكم فى مكاتبة لم يؤذن لها، وإن أذن لها فعلى القولين فى تبرعات المكاتب بالإذن.

والمنصوص هنا كما قال النووى عدم صحته، فيستوى الإذن وعدمه.

وإن خالعتا بدين فى ذمتهما حصلت البينونة بالمسمى ثم ما وجب عليهما من مسمى ومهر مثل تعلق بذمتهما يتبعان به بعد العتق.

وقوله: وعلى أب خالع بمالها مستقلا وكذا إن أضافه كعبدها وصداقها، أو براءته إن ضمنه مهر مثل وإلا فرجعى، وإن غره بنيابة أو ولاية لم يقع.

أى: وإذا خالع الأب بمال الزوجة واستقل بالخلع من غير إضافة إليها ولا دعوى نيابة ولا ولاية أو أضافه إليها وصرح بالاستقلال فالخلع يصح بمهر المثل فى ماله كالمغصوب، والأجنبى كالأب فى ذلك.

---

(١) فى ط: إلا.

وإن أضافه إليها فقال: خالعتك على عبد بنتى، هذا غير مصرح بالاستقلال، أو على البراءة من صداقها نظرت: فإن قال: وعلى ضمانه، وقع بائنا بمهر المثل، وإن لم يقل: وعلى ضمانه، وقع رجعيًّا.

وإن خالع الأب الزوج وقال: أنا وكيلها، وهو كاذب[1] لم يقع الطلاق كالأجنبى.

وكذا إذا قال أبو الصغيرة: فعلت[2] ذلك بالولاية، لم يقع لأن الطلاق فى الخلع مرتبط بالمال.

وهى لم تقبل بنفسها، ولا يصح قبول من قبل عنها؛ لأن الولاية لا تبيح له التبرع بمالها مطلقًا.

[وقوله فى «الحاوى»: وفى الشهر فوافق ومع الأمة بلا إذن. . إلى قوله «استقلالا عليه» فيه أمور:

أحدهما: قوله «وفى الشهر فوافق» يعنى الشهر الذى هو فيه، أما إذا أراد الشهر المستقبل، فلا فرق بينه وبين قوله: «غدًا» فى أن البينوتة تقع وإن لم يوافق بأن طلق قبل الشهر.

الثانى: قوله «ومع الأمة بلا إذن» يعنى: أن الخلع معها يوجب عليها مهر المثل مطلقا، والصحيح كما قاله النووى فى «الروضة» ونقله عن العراقيين: أنه إذا خالعها على دين فى ذمتها وقع الطلاق بالمسمى، واعترض فى «المهمات» على الرافعى حيث استدل على وجوب مهر المثل، بأنه كشراء العبد بغير إذن السيد وفرق بينهما.

الثالث: قوله: «ومع الأب بشرط الضمان إن طولب بالمهر» فقيد الرجوع إلى مهر المثل بهذا الشرط: وإن طولب، وقال بعد: أو أنه ضامن براءته عنه فطلق رجعى، ففرق بين وجود الشرط وعدمه، وهو وجه اختاره الإمام وعلله بأن تعليق الضمان بشرط أن يطالب صيغة فاسدة، فوجب مهر المثل بفساد العوض بذلك.

وقال: وكذلك لو طلقها بصداقها وعلىَّ ضمانه، أنه لا أثر لهذا الضمان، فيقع رجعيا، وقال فى «الروضة»: ولو خالعها على البراءة من صداقها وضمن له الدرك، فالذى أطلقه الجمهور من العراقيين وغيرهم: أنه لا يبرأ، ويقع بائنا؛ لأنه التزم المال فى نفسه فأشبه الاختلاع بالمغصوب، والواجب مهر المثل لا بدل الصداق على الأظهر، وهذا الحكم: لو قال الأب أو الأجنبى: طلقها على عبدها وعلىَّ ضمانه، فعلى الأظهر يلزمه

---

(١) فى أ: كذوب.

(٢) فى ط: فقلت.

مهر المثل، قال: ولفظه الضمان هنا كهو فى قوله: «ألقِ متاعك فى البحر وعلىَّ ضمانه»][1].

وقوله: وصح خلع غير بائنة كمرتدة عادت فى عدة بمتمول علم كألف وقبول وافق، فإن طلبت بألف فطلق بمائة فبها، أو ثلاثًا به فطلق واحدة فبثلاثة، أو طلق ثلاثًا بألف فقبلت واحدة به وقعن به.

أى: ويصح خلع الزوجة الرجعية وما أشبهها من مرتدة خولعت فى العدة ثم عادت إلى الإسلام فيها، وكافرة أسلم زوجها وخالعها فى العدة ثم أسلمت فيها، فإنا نتبين صحة الخلع فى المسألتين؛ لأنه كان موقوفًا على الإسلام، وإنما يصح الخلع إذا كان العوض[2] متمولًا عينًا كان أو دينا، قل أو كثر كالصداق.

ويشترط لصحته أن يكون معلومًا بالعين أو القدر مقدورًا على تسليمه وإلا فلا تصح التسمية.

وإن خالعها على ما فى كفها، فإن ظن فيها شيئًا فمهر مثل، وإن علمه فارغًا فرجعى.

والمعلوم كألف درهم أو دينار، وإن قال: بألف، وقد تواطآ على نوع فقال: أردنا الدنانير وقالت: بل الدراهم - تحالفا.

ويشترط لصحة الخلع القبول باللفظ أو ما يقوم مقامه من إعطاء أو التماس على ما سيأتى فى الخلع[3] من الزوج: كطلقتك على ألف معاوضة فيها شوب التعليق لترتب الطلاق على القبول بالمال، ثم تغلب المعاوضة فى نحو «طلقتك على ألف» فيشترط أحكامها من القبول فورًا كما فى سائر العقود.

ويجوز رجوعه قبل قبولها فى نحو: إن وإذا أعطيتنى ألفًا فأنت طالق، يغلب معنى التعليق لكن بشرط الإعطاء على الفور.

وليس له أن يرجع قبل القبول.

وإن قال: متى، أو متى ما، أو مهما، أو أى وقت أعطيتنى - لم يشترط الإعطاء فى المجلس.

وإنما يصح القبول إذا كان موافقًا، فإن قال: طلقتك بألف فقالت: قبلت بخمسمائة -

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٢) فى ط: الخلع.
(٣) فى ط: والخلع.

لم يصح.

أو قال: طلقتك ثلاثًا بألف، فقالت: قبلت واحدة بثلث الألف - لم يصح أيضًا كما فى البيع.

نعم إذا قالت: طلقنى ثلاثا بألف، فطلقها واحدة استحق ثلث الألف. والفرق أن الخلع من جهتها كالجعالة، ولو قال: من رد عبيدى الثلاثة فله ألف، فرد واحد أحدهم استحق ثلث الألف، وهو منه معاوضة.

ولو قالت: طلقنى بألف، فطلقها بمائة فقد زادها خيرًا، فيقع بالمائة بخلاف مثله فى البيع.

والفرق أن البيع معاوضة محضة.

وإذا قال: طلقتك ثلاثا بألف، فقبلت واحدة بالألف، وقع الثلاث بالألف؛ لأنها قد رضيت بالألف فى واحدة، وهو قد رضى بالثلاث فطلق كما لو سألت طلقة بألف فطلقها به ثلاثا.

وقوله: فى «الحاوى»: «ونحو قبول موافق»: يستثنى منه مع ما استثناه ما إذا قالت: طلقنى بألف، فقال: أنت طالق بخمسمائة؛ فإن الخلع يقع بخمسمائة على الصحيح وإن لم يكن موافقا كما ذكره فى «العزيز» و«الروضة».

الثانى: قوله: «وإن طلبت ثلاثا بألف فطلق واحدة بثلثه» أى: أنه يصح وإن خالف لكنه مشكل مع قوله بعد: «أو طلق ثلاثًا بألف فقبلت واحدة به».

فإن فاء الشرط هناك محذوفة فيتوهم أن هذه مثلها ومراده هنا يقع الثلاثة بالألف، ولو قدرنا الفاء لفسد المعنى وكان معناه وقعت الطلقة بالألف.

وقوله: وخالعتك وضرتك بكذا لا خالعتكما، فقبلت لزمها وبانتا، أو خالعنا فأجاب واحدة بانت بمهر المثل.

أى: وإذا قال لزوجته: خالعتك أنت وضرتك بألف، فقبلت المخاطبة صح الخلع معها وبانتا ولزمها الألف لأنها مختلعة لنفسها ولضرتها كما يخالع الأجنبى.

ولو قال لزوجتيه: خالعتكما بألف فقبلت واحدة لم يقع؛ لأن الخطاب معهما ولم يوافق القبول الإيجاب، بخلاف ما لو قالتا: خالعنا أو طلقنا بألف، فخالع واحدة فإنها تطلق تغليبًا للجعالة ولزمها مهر المثل كما إذا جمع نسوة فى نكاح أو خلع.

وقوله: بنحو: قبلت، وإعطاء علق به فورًا لا لنحو متى منه وما قيدت بغد، وإن تخلل كلام يسير ورجعا قبل تمام لا إن علق هو.

أى: والقبول نحو: قبلت ورضيت واخترت، هذا فى الخلع المنجز. فإن علق الطلاق بفعل أو قول فالإتيان بما علق به هو القبول نحو: إن أعطيتنى عبدًا أو أبرأتنى، فلا يقع الطلاق إلا بالإعطاء أو البراءة.

ويشترط أن يكون ذلك فورًا، ولا يضر تخلل كلام يسير فقد نص الشافعى - رضى الله تعالى عنه - على أنهما لو سألتا الطلاق بالألف ثم ارتدتا ثم طلق كان الطلاق موقوفًا على الإسلام، ولم يبطله بتخلل الردة لأنها كلام يسير.

هذا إذا لم يعلق بـ «متى» ونحوها مما سبق ذكره، وإن علق بذلك وكان التعليق بها منه لم يشترط الجواب فورًا.

أما إذا كان التعليق به من جهتها فإنه يشترط أن يطلق على الفور فى مجلس التواجب سواء قالت: إن طلقتنى فلك ألف أو متى طلقتنى فلك ألف، وهذا بخلاف تعليق الإبراء فإن فيه خلافًا سنذكره قريبا إن شاء الله تعالى.

أما إذا قيدت الخلع بنحو غد من الأزمنة المستقبلية: كطلقنى غدا بألف أو فى الشهر الفلانى، فإن له تأخير الطلاق إلى ذلك الوقت بحيث يقع فيه.

ولا يلزمه المبادرة فى أوله، وقد بينا أن الواجب به مهر المثل، ثم لكل واحد منهما الرجوع قبل الجواب، فإذا قالت: طلقنى بألف، أو قال الزوج: طلقتك بألف - كان لكل واحد منهما أن يرجع.

هذا فى الخلع المنجز، وأما إذا علق الزوج الطلاق بإعطاء أو إبراء أو نحوه فلا رجوع فيه سواء كان بـ «متى» أو بـ «إن». وسواء كان مثبتًا أو منفيًا؛ تغليبًا لحكم التعليق بخلاف تعليقها، وإليه الإشارة بقوله: «لا إن علق هو».

وقوله: من ذى التزام فمن صغيرة لغو ومن سفيهة وبشرط رجعة، وإن طلقتنى فأنت برىء، رجعى كمع سفيهتين، فإن قبلت واحدة لغا، وإن أجابها وقع رجعيًا ومع سفيهة ورشيدة، وقبلت واحدة لغا، وإن قبلتا أو أجابهما طلقت الرشيدة بمهر مثل والأخرى رجعيًا، وإن أجاب واحدة فلها حكمها.

أى: ويشترط فى قابل الخلع أن يكون ممن يصح التزامه المال ولو كان أجنبيًا، فلا يصح قبول محجور عليه بصبا وجنون فيلغو ولا قبول سفيه لأجل المال.

فلو قال لزوجته السفيهة: طلقتك على ألف، فقبلت وقع رجعيًا لاستقلال الزوج به، ولا يلزمها المال سواء أذن لها الولى فى ذلك أم لا فإن لم تقبل السفيهة لم تطلق.

وكذلك إذا التمست السفيهة أو السفيه الأجنبى الطلاق من الزوج بمال وقع رجعيًا

والالتماس منهما هو القبول.

والخلع بالدم يقع رجعيًّا لأنه ليس بمال ولا مما يقصد وقد سبق ذكره.

وإذا طلقها بألف على أن له الرجعة وقع رجعيًّا وسقط ما اشترط من المال؛ لأنه عارضه ما اشترط من الرجعة المنافية، لأنها إنما بذلت المال حتى لا يكون له ولاية الرجعة فأفسد استحقاقه إياه باشتراطه للرجعة.

وأما إذا قالت المرأة: إن طلقتنى فأنت برىء عن صداقى، فالأصح أنه يقع رجعيًّا؛ لأن تعليق الإبراء لا يصح، وطمع الزوج فى البراءة من غير لفظ صحيح فى الالتزام لا يوجب عوضا.

وكذلك إذا قال لسفيهتين: طلقتكما على ألف فقالتا: قبلناه، أو سألتاه فأجابهما وقع الطلاق عليهما رجعيًّا بلا مال.

وإن قبلت إحداهما لغا الخلع ولم يقع شىء؛ لأن الخطاب معهما يقتضى القبول منهما.

وإن سألتاه الطلاق فأجاب واحدة منهما طلقت رجعيًّا لما بيناه أنه من جهتها كالجعالة وعمل الجعالة يتبعض.

وإن خالع سفيهة ورشيدة نظرت: فإن كان هو المبتدئ فقال: طلقتكما بألف، فقبلت واحدة منهما لم يقع الطلاق.

وإن قبلتا معًا أو كان السؤال منهما فأجابهما معًا طلقت الرشيدة بائنًا بمهر المثل والسفيهة رجعيًّا.

وإن أجاب الرشيدة وقد سألتاه الطلاق بالألف، طلقت بمهر المثل، أو السفيهة، وقع[1] رجعيًّا.

وقوله فى «الحاوى»: «وبإعطاء الحر» إلى قوله «وإن أجاب بالسفيهة وقع رجعيًّا فيه أمران:

أحدهما: أنه عد الخلع بإعطاء الحر فيما يقع به الطلاق رجعيًّا والأشبه فى «شرحى الرافعى» والأصح فى «الروضة» أنه كالمغصوب يقع به الطلاق بائنًا بمهر المثل.

الثانى: أنه عد فيما يقع به الطلاق رجعيًّا قول الأب: طلقها بالبراءة وأنا ضامن براءتك.

---

(١) فى ط: طلقت.

وقد بينا أن الأصح بينونتها بمهر المثل وأن القول بأنه يقع رجعيًا هو وجه اختاره الإمام وقد سبق ذكره.

وقوله: ونفذ من مريضة بمهر مثل، وما زاد فمن الثلث وإن خالعت بعبد بمائة ومهر مثلها خمسون ولا تركة، فإن استغرقه دين أخذ نصفه أو فسخ المسمى وضارب بمهر المثل أو وصايا قارنت أخذ نصفًا وضارب بنصف أو فسخ وقدم بمهر المثل وإن لم يكونا أخذ ثلثى العبد أو فسخ وله مهر المثل.

أى: إذا خالعت المريضة بمهر المثل أو أقل منه نفذ تصرفها، وقد سبق أن الخلع من المكاتبة كتبرعها.

وصححوا فى الخلع أنه لا ينفذ بإذن السيد والمريضة ليست من أهل التبرع فى غير الثلث فكيف يجوز لها ذلك.

والفرق قوة ملك المريضة، ألا ترى كيف يجوز للمريض صرف ماله فى ملاذِّهِ وشهواته وأنه ينفق نفقة الموسرين والمكاتب لا ينفق المال إلا بقدر الحاجة فلا ينفق إلا نفقة المعسرين[1].

وصرف المال فى الخلع من قبيل صرفه فى الملاذ وطلب الراحة من عشرة الزوج فألحق بالتبرعات فى حق المكاتبة دون المريضة إذا كان بمهر المثل، كما لَهَا أن تشترى شهواتها بقيمة مثلها، فإذا خالعت المريضة بعبد قيمته مائة وكان مهر مثلها خمسين فالخمسون الأخرى محاباة لها حكم الوصية فتقع من الثلث.

ولا يقال[2]: كيف لا تكون محاباة الزوج كمحاباة الوارث؛ لأن الخلع قد قطع النكاح والتوارث بينهما، فإن كان لها مال غير العبد يخرج نصف العبد من ثلثه؛ فاز بالعبد، وإن لم يخرج من الثلث بأن لم يكن تركة: فإن كان هناك دين يستغرق العبد خيرناه بين أن يأخذ نصف العبد ولا يشاركه فيه الغرماء لاستحقاقه إياه بالمعاوضة، وبين أن يفسخ المسمى ويضارب[3] مع الغرماء بمهر المثل؛ لأن الصفقة تبعضت عليه وتبطل المحاباة لأنها تابعة للخلع المفسوخ.

وإن لم يكن دين وهناك وصايا، خيرناه بين أن يأخذ نصف العبد ويضارب مع أرباب

---

(١) فى ط: المعسر.
(٢) فى أ: ولا يقول.
(٣) فى ط: ويضرب.

الوصايا بالنصف الثانى، وبين أن يفسخ ويقدم بمهر المثل.

وإنما يتصور مزاحمة الوصايا هنا بالمعية.

قال فى «الكفاية»: لأن الوصايا إما مضافة لما بعد الموت فالمحاباة تبرع ناجز فيقدم أو منجزة فيقدم الأول فالأول فلا وجه للمضاربة إلا بتقدير وقوع الكل معًا. انتهى.

وإليه الإشارة بقوله فى الأصل: «قارنت» وإن لم يكن دين ولا وصايا فهو بالخيار بين أن يأخذ ثلثى العبد نصفه بالخلع، وثلث النصف الآخر بالوصية وهو سدس الجميع، وذلك ثلثا العبد، وبين أن يفسخ ويأخذ مهر المثل.

وقوله فى «الحاوى»: «وإن كان لها وصايا أخذ نصف العبد» إلى قوله: «وإلا أخذ ثلثى العبد أو فسخ» فيه أمران:

أحدهما: قوله: «وإن كان لها وصايا أخذ نصف العبد أو ضارب بالنصف» ليس هذا على إطلاقه بل ذلك مخصوص بما إذا قارنت الوصايا الخلع كما بيناه.

الثانى: قوله: «وإلا أخذ ثلثى العبد أو فسخ وله مهر المثل» لا ينتظم قسيمًا لقوله «وإن لم تخرج المحاباة من الثلث ودينها مستغرق» فإن هذا لا يمنع[1] أن تكون هناك تركة غير العبد يستغرقها الدين فقوله: «وإلا» يعنى: وإن لم يكن دين ولا وصية أخذ ثلثى العبد وهو لا يأخذ ذلك إلا إذا لم تكن تركة غيره.

فلو قال: فإن لم تكن تركة، وهناك دين مستغرق لانتظم.

وقوله: ومن أمة بما عين سيد أو قيد، وبمهر مثل إن أطلق فى كسب وتجارة والزائد بذمتها.

أى: وصح الاختلاع من الأمة بالإذن، أما اختلاعها بلا إذن فقد سبق حكمه، فإن اختلعت بإذن السيد نظرت:

فإن أذن لها أن تختلع بعين ماله نفذ بها، وإن أذن لها أن تختلع بألف أو بما شاءت، صح وتعلق بما قيد به الإذن بكسبها وما فى يدها من مال التجارة.

وإن أطلق الإذن ولم يقدر شيئًا فمقتضاه الاختلاع بمهر المثل، فإن اختلعت به أو بأقل منه تعلق بكسبها وما فى يدها من تجارة.

وإن زادت على ما قدر لها السيد أو على مهر المثل عند إطلاقه الإذن، فالزائد يتعلق بذمتها تتبع به إذا عتقت.

---

(١) فى ط: يمتنع.

وقوله: وصح بشرط منهما وإخبار لا منه إلا إن نوى وصدقت.

اى: وصح الخلع بصيغة الشرط منها قطعًا ومنه على الأصح، أما منها فقولها: طلقنى على أن لك علىّ ألفًا، فهو التزام صحيح.

فإذا قال: طلقتك، لزم الألف، ولو قال الزوج: طلقتك على أن لى عليك ألفًا أو بشرط أن لى عليك ألفًا، فقبلت، طلقت على الصحيح بالألف كما لو قال: طلقتك على ألف.

وأما صيغة الإخبار فإن كانت منها، فهى التزام صحيح.

فإذا قالت: طلقنى ولك على ألف، فطلقها بانت ولزمها الألف.

وأما من جهته فلاغ إلا إن نوى به الالتزام وصدقته، فإن قال لها: أنت طالق وعليك ألف، وقعت رجعيًا سواء قبلت أم لا، إلا إن قال: نويت الالتزام، وصدقته المرأة، فإنها إذا كانت قد قبلت، طلقت بائنًا ولزمها المال، وإن لم تقبل لم تطلق.

[وقوله فى الحاوى: «والإخبار والشرط التزام لا صريح إلزام»، فيه أمور:

أحدها: أنه سوى بين الإخبار والشرط وتبع فى ذلك الغزالى، والصواب المعتمد كما قال فى العزيز والروضة: أن الشرط من جهته إلزام، وأن قوله: طلقتك على أن لى عليك ألفًا، كقوله: أنت طالق على ألف؛ فإذا قبلت بانت حالًا، وهو نصه فى الأم فى عيون المسائل، وقطع به صاحب المهذب وسائر العراقيين.

الثانى: قوله: إن الإخبار ليس بصريح إلزام، فاقتضى أنه كفاية وأنه إذا قال: نويت كذا، قبل منه وهو لا يقبل منه إلا إذا صدقته المرأة ولو بين ذلك.

الثالث: أن القونوى اعترض وقال: هذا إذا لم يسبق منها استيجاب ببذل، ولا اعتراض إلا فى حاله فقط كأنه إذا سبق منها استيجابه فإنه يستغنى عما يصدر منه بصيغة الإخبار فإنها إذا قالت: طلقنى بألف، أو: طلقنى على ألف، فقال: أنت طالق، طلقت بالألف، سواء اقتصر عليه أو قال: طلقتك وعليك مال، نعم إذا سبق منها استيجاب بمجمل فأجابها بخلافه فقبلت صار ما هو بصيغة الإخبار كالشرط، فإذا قالت: طلقنى بمال، فقال: طلقتك وعليك ألف، فإذا قالت: قبلت - طلقت بالألف؛ فكانه قال: طلقتك على ألف][1].

وقوله: وإن علق بإقباض مجرد فرجعى بتناول أو بإعطاء، فوضعته عنده ملك وبانت ولو نقدا غير غالب ومعيبًا، كأن طلق بثوب على أنه هروى فبان مرويًا، ورد لغالب ومهر

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

مثل، ولا رد فى خالعتك بهذا الهروى أو بهذا وهو هروى، بخلاف: خالعنى.

أى: وإن علق الطلاق بإعطاء ألف درهم مثلا فوضعتها عنده، ملكها وبانت، ولا يشترط رضاه بالقبض ولا تسلُّمه؛ لأن التمكين من القبض يسمى إعطاء، إذ يصح أن يقال: أعطاه فما أخذ، وإنما ملك المال؛ لأنه بوضعه عنده يقع الطلاق وتملك المرأة بضعها؛ فوجب أن يملك العوض ثم تطلق بإعطاء الدراهم وإن لم يكن من غالب نقد البلد؛ لوجود الاسم.

وكذا إذا كانت معيبة تطلق؛ لوجود الصفة إذ العيب لا يرفع اسمها، ولكن له الخيار فى إمساك الدراهم المعيبة وما ليس [من] نقد البلد وردها والمطالبة بالتسليم ونقد البلد.

وإن قال: إن أقبضتنى ألف درهم، لم تَطْلُق إلا أن يأخذه بيده، ثم يكون الطلاق رجعيًّا لوجود الصفة ولا يملك الدراهم؛ لأن الإقباض ليس تمليكًا.

وهذا إذا لم يسبق ما يدل على الاعتياض. فإن قال: إن أقبضتنى كذا أو جعلته لى أو لأصرفه فى حوائجى ونحوه، أفاد التمليك.

وعن هذا احترزت بقولى: «بإقباض مجرد» هذا فى المعلق.

وفى المنجز إذا قال: خالعتك على هذا الثوب على أنه هروى فبان مرويًّا صحّ وملكه، ولكن له الخيار، فإذا رده رجع بمهر المثل.

وإن قال: طلقتك على هذا الثوب الهرويّ، أو على هذا الثوب، وهو هرويّ، فبان مرويًّا، لم يرد؛ لأنه وصفه فأخطأ فى الوصف ولم يشترطه فلم يكن له الرد ولم يكن منها تغرير.

[وقوله فى الحاوى: «وبالإقباض أخذ باليد» إلى قوله: «وله رده وطلب الغالب»، فيه أمران:

أحدهما: قوله: وبالإقباض أخذ باليد، ولا تَبِين.

قال المتولى: هذا إذا لم يقترن به ما يدل على المعاوضة، وقد سبق بيانه. قال النووى - رحمه الله تعالى-: وما قاله المتولى متعين.

الثانى: قوله: «على هذا الثوب وهو مروى، أو: على هذا الثوب المروى» قضى بأنه يرد فى هاتين الصيغتين كما يرد فى قوله: على أنه مروى، قال فى الروضة: ولو قال: خالعتك على هذا الثوب وهو مروى، فبان خلافه فلا رد؛ لأنه لا تغرير من جهتها ولا اشتراط منه.

قال: وكذا لو قال: خالعتك على هذا الثوب الهروى. ذكره البغوى، قال: فإن قيل: قوله: وهو هروى، أفاد الاشتراط فى قوله: إن أعطيتنى هذا الثوب وهو هروى، حتى لم يقع الطلاق إذا لم يكن هرويًّا، فلِمَ لَمْ يعد الاشتراط فى قوله: خالعتك على هذا الثوب وهو هروى حتى يتمكن من الرد إذا لم يكن هرويًّا كما لو قال: خالعتك عليه على أنه

هروى؟

فالجواب: أن قوله: «وهو هروى»، دخل هناك على كلام غير مستقل؛ لأن قوله: «إن أعطيتنى هذا الثوب» غير مستقل، فيقيد بما دخل عليه، وتمامه بالفراغ من قوله: «فأنت طالق». وأما قوله: «خالعتك على هذا الثوب»، فكلام مستقل، فجعل قوله: «وهو هروى» جملة مستقلة، فلم يقيد بها الأول][1].

وهذا بخلاف ما لو قالت هى: خالعنى على هذا وهو هروى أو الهروى، فإنه يرد لأنها غرته، فلو قالت له: هذا الثوب هروى فقال: إن أعطيتنى هذا الهروى فأنت طالق، فبان مرويًا هل يرد؟

قال المتولى: يبنى على أن المواطأة قبل العقد كالمشروط فى العقد فيرد أم لا، نقله عنه فى «الروضة» وأقره.

وقوله: فإن علق بإعطاء هروى أو بذا وهو هروى فبان مرويًا لغا، لا ذا الهروى ويقع بمهر مثل معلق بإعطاء معين لا غيره استحق وبخمر وعبد غير موصوف.

أى: إذا علق الطلاق بالإعطاء فأعطته نظرت: فإن أعطته موافقًا لما شرط طلقت، وإن كان غير موافق كما إذا قال: إن أعطيتنى ثوبًا هرويًا فأعطته مرويًا لم تطلق.

وكذا إذا قال: إذا أعطيتنى هذا وهو هروى، فأعطته وبان مرويًا؛ لأن الصفة المعلق عليها لم توجد.

بخلاف ما إذا قال: إن أعطيتنى هذا الهروى، فإنها تطلق بمهر المثل؛ لأنه وصفه بغير وصفه وقد قبله بخلاف قوله: وهو هروى؛ فإنه شرط ولم يوجد الشرط.

ولو قال: إن أعطيتنى هذا الهروى فبان مرويًا بانت به ولم يذكر هذه فى «الحاوى».

وكذلك لا يقع الطلاق بإعطاء المغصوب فإن علق بإعطاء عبد سواء وصفه أم لا فأعطته عبدًا مغصوبًا، لم تطلق[2]؛ لأن الإعطاء هنا يقتضى التملك إذا أضيف إلى ما يتصور تمليكه إلا إذا كان المعلق معينًا كـ: إن أعطيتنى هذا العبد، فأعطته إياه طلقت وإن كان مغصوبًا أو مكاتبًا لوجود الصفة.

وكذلك إذا قال: إن أعطيتنى زق خمر فأعطته إياه مغصوبًا طلقت؛ لأن الخمر لا يتصور فيها الملك.

فالمغصوبة وغيرها سواء، لكن يرجع على المرأة بمهر المثل فى المسألتين كما إذا خالع

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) فى ط: لم يقع.

منجزًا على مغصوب.

ويؤخذ من حكم التعليق بإعطاء الخمر أنه لو قال: إن أعطيتنى هذا المغصوب أو هذا الحر فأعطته إياه أنها تطلق لوجود الصفة ويرجع عليها بمهر المثل؛ لأن كلا منهما لا يملك.

وكذا يرجع بمهر المثل إذا علق طلاقها أيضًا بعبد غير موصوف فأعطته عبدًا فإنها تطلق لوجود الصفة، ويرجع عليها بمهر المثل ولم يتعرض لهذه فى «الحاوى» [ولا لما إذا قال إن أعطيتنى هذا الثوب الهروى فأعطته إياه فبان مرويا، والحكم كما ذكرنا أنها تطلق بمهر المثل](١).

وقوله: وفى طلقتك بألف إن شئتِ، بـ «شئتُ» لا «قبلتُ»، أو إن ضمنت لى ألفًا، بـ «ضمنتُ» ومع «طلقتُ» إن قالت: طلقنى.

أى: إذا قال الزوج: طلقتك بألف إن شئتِ، . فقالت: شئتُ. وقع الطلاق بائنًا بالألف، وقيل: يشترط الجمع بين قبلت وشئتُ، وقيل: يكفى واحد منهما.

وفى طلقتك إن ضمنت لى ألفًا؛ يقع الطلاق بقولها: ضمنت.

ويشترط أن تكون المشيئة والضمان على الفور إلا إذا علقهما بـ «متى». وإن قال: طلقى نفسك إن ضمنت لى ألفًا فقالت: طلقت وضمنت أو ضمنت وطلقت - بانت بالألف ووقع الضمان والطلاق مقترنين وإن ترتبا لفظًا.

وإن ضمنت ولم تطلق، أو طلقت ولم تضمن لم يقع شىء، ويشترط كونهما جميعًا فورًا.

وقوله فى «الحاوى»: وبـ «شئتُ» أو «قبلت» يعنى إذا قال: أنت طالق على ألف إن شئتِ، أنه يكفيها بأحد اللفظين.

والأصح الذى قطع به المتولى واختاره الإمام، وقال فى «الروضة»: إنه الأصح بل الصحيح-: تعيُّن لفظ «شئت» والاكتفاء به.

وقوله: وصدق فى قصد ابتداء مجيب بـ «طلقت» فقط.

أى: إذا قالت: طلقنى بألف، فقال: طلقتك، ولم يقل بألف ثم قال: قصدت الابتداء - قبل منه؛ لأن ذلك محتمل وإن لم يدع ذلك جعلناه جوابًا لها حتى لو مات حكمنا ببينونتها بالألف.

وقوله فى «الحاوى»: «وطلقت إن طلبت، لا يتعين للجواب»، فيه مناقشة فإنه إذا لم

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

يتعين توقف الحكم على تعيينه حتى لو مات قبل البيان لم يجز أن يحكم له بالمال، لأن الأصل عدمه، وليس كذلك بل يحكم بالبينونة، فإن قال: قصدت الابتداء. صدقناه كما هو فى «العزيز» و«الروضة».

وقوله: وإن طلبت عشرًا بألف استحقه بثالثة وبواحدة عشرًا، أو ثلاثًا بألف فطلق واحدة به وثنتين مجانًا فالثلثان دونها، أو واحدة مجانًا وثنتين بثلثيه وقعن كذا ووجب ثلثاه.

أى: إذا سألته أن يطلقها عشر طلقات بألف فطلقها واحدة استحق عشر الألف، أو ثنتين فعشريه أو ثلاثا فما فوق استحق الألف، وإن بقى له عليها من الثلاث طلقة فطلقها إياها استحق الألف؛ لحصول غرضها وهو البينونة الكبرى.

هذا هو المذهب وإن طلبت ثلاثًا بالألف فطلق واحدة بالألف وثنتين مجانًا لم يكن كلامه جوابًا لها؛ لأنها سألت الواحدة بثلث الألف ولم يرض هو فيها إلا بالألف فلغت المعاوضة.

وإذا لم تقع الأولى وقعت الطلقتان لأنها غير بائن، هذا ما اختاره الإمام والغزالى وغيرهما، وقال الغزالى: إنه القياس المتجه.

واستبعد ما قاله الأكثرون أن الأولى تقع بثلث الألف ولا يقع الثنتان لأنها حينئذ بائن.

وإن قال: أنت طالق واحدة مجانًا [والثنتين بثلثى الألف وقعن كذلك الأولى مجانا والطلقتان بثلثى الألف][1] نقله الرافعى عن صاحب «التهذيب» قال: ولا يقال: يستحق الكل وإن حصل مقصودها؛ لأن ذلك إنما يكون إذا أوقع المملوك من الباقى فى مقابلة المال وهاهنا أوقع بعض المملوك مجانًا.

[وقوله فى «الحاوى»: «وإن طلق واحدة مجانًا وثنتين بثلثى الألف، يقعن كذا، أى بالثلثين» اقتصر على هذه، ولو قال: وثنتين بألف، وقع بثلثيه فى المسألة التى ذكرها بطريق الأولى][2].

وقوله: ولا يقع برقبة زوجة حر ومكاتب ولا إن نقص وكيله إلا عن مهر مثل إن أطلق ويجب، فإن زاد وكيلها المصرح نفذ بمهر مثل وبمسمى إن أطلق وغرم ما زاد، وإن أضاف إلى نفسه فالكل.

أى: ولا يقع الطلاق إذا خالع السيد الزوج وهو حر أو مكاتب برقبة زوجته؛ لأن وقوعه يؤدى إلى عدم وقوعه؛ لأنه لو وقع لملكها ولو ملكها لارتفع النكاح وبطل الخلع، وما أدى ثبوته إلى إبطاله بطل، ولو كان الزوج عبدًا لصح؛ لأن الملك فيها ينتقل إلى سيد

---

(١) فى ط: وثنتين بالألف.
(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

العبد.

وكذلك إذا وكل الزوج فى مخالعة زوجته بمائة فنقص الوكيل وخالع بتسعين مثلا لم يقع الطلاق على المذهب للمخالفة.

أما إذا لم يقدر له المال بأن قال: خالعها، وأطلق فإن عليه مخالعتها بمهر المثل.

فإن خالع بأقل منه فالمذهب أنه يقع بمهر المثل، وأما إذا زاد وكيلها على المقدر[١] أو على مهر المثل عند الإطلاق نظرت:

فإن صرح بالوكالة وأنه سفير وقع الطلاق بائنًا بمهر المثل، واختصت بغرمه.

وإن طلق ولم يبين أنه وكيل وقع بالمسمى على الأظهر ولزمه الزائد على ما سمت؛ لأنه لما زاد ولم يضفه إليها كان كأن بذل الزيادة من نفسه.

وإن أضاف الوكيل الخلع إلى نفسه لزمه المال كله كالأجنبى.

[وقوله فى الحاوى: أو نقص وكيله عن المقدر إلى آخر الباب فيه أمور:

أحدها: أنه سوى بين نقص وكيل الزوج عن المقدر وعن مهر المثل عند الاطلاق والمذهب الفرق فإن المنصوص أنه إذا نقص ثمن المقدر لم يقع أو فى مهر المثل عند الإطلاق وقع بمهر المثل قال فى الروضة: وللأصحاب فيه طرق مجموعها خمسة أقوال أظهرها: يقع الطلاق فى صورة الإطلاق بمهر المثل ولاخيار للزوج ولا يقع فى صورة التقدير عملاً بالنصين لصريح المخالفة فى صورة التقدير.

الثانى: قوله وإن زاد وكيلها نفذ، وعليها مهر المثل وعليه الزائد يعنى إذا أضاف إليها وذلك مأخوذ من التقسيم فقطع بأنه يجب المسمى إذا كان أكثر من مهر المثل، والذى صححه الأصحاب أن الواجب مهر المثل فقط، قال فى الروضة فما إذا قدرت مائة فاختلع بأكثر منها وأضاف إليها المنصوص وقوع الطلاق بائنًا فعلى هذا يلزمها مهر المثل على الأظهر.

الثالث: أنه قال وعلى الوكيل الزائد، والصحيح أنه لا شئ على الوكيل فى هذه الصورة قال فى الروضة: وأما مطالبة الوكيل بما عليها فقال الأصحاب: لا وطالب إلا أن يقول إنى ضامن وأما فى صورة الإطلاق، فقد قال فى الروضة: فلو أطلق ولم يضف إليها ولا إليه فإن قلنا: بالمشهور فعلى الوكيل ما سماه وفيما عليها منه قولان أظهرهما ما سمت فإن طولب وسلم رجع به على الزوجة وأما مسألة اختلاع الأب بما لها صادقًا أو كاذبًا ودعوى النيابة والولاية فقد سبق][٢].

* * *

(١) فى ط: عن المقدار.

(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط

الطلاق(١)

وقوله: باب: إنما يصح طلاق مكلف لغير بائن ولو تعليقًا وإن هزل كغيره وغلط وسكر، لا معذورًا، ولا إن سبق لسانه أو لقن بلا فهم وإن قصده أو أكره بمحذور مناسب لا بحق كغيره.

---

(١) الطلاق في اللغة: اسم مصدر لـ (طلق) بالتشديد ومصدره: التطليق، ومصدر لـ (طلق) بالتخفيف؛ يقال: طلقت المرأة طلاقًا؛ فهي طالق. وكثيرًا ما تفرق العرب بين اللفظين عند اختلاف المعنيين؛ تقول: أطلقت إبلي وأسيرى، وطلقت امرأتي. فاستعملوا في النكاح: التفعيل؛ ولهذا لو قال لزوجته: أنت مطلقة -بالتشديد- كان صريحًا، وبالتخفيف كان كناية.

وله معان كثيرة:

منها: الفراق، والترك؛ يقال: طلقت القوم: تركتهم؛ ومنه قول ابن أحمر:

غطارفة يرون المجد غنمًا إذا ما طلق المجد العيالا

أي: تركهم ؛ كما يترك الرجل المرأة.

ومنها: التخلية والإرسال مأخوذ من قولهم: طالق، إذا خليت مهملة بغير راع.

ومنها: حل القيد: كحل قيد الفرس أو معنويا كالعصمة؛ فإنها تحل بالطلاق.

ومن هذا: حبس في السجن طلقًا؛ أي: بغير قيد، ويقال للإنسان إذا عتق: طليق؛ أي: صار حرًا.

وقال الجوهري: بعير طلق، وناقة طلقة؛ أي: غير مقيدة وأطلقت الناقة من العقال، فطلقت.

وأما في الاصطلاح:

فالطلاق عند الشافعية: هو تصرف مملوك للزوج يحدثه بلا سبب؛ فيقطع النكاح. وهو للنووي.

وذهب جمهور الشافعية إلى تعريفه بلفظ آخر، فقالوا: هو حل قيد النكاح؛ بلفظ طلاق أو نحوه.

قولهم: (حل قيد) جنس يشمل الفسخ بالعيب وغيره.

قولهم: (قيد النكاح) المراد بالقيد: عصمة النكاح، وإضافة قيد إلى النكاح قيد خرج به حل ما ليس بنكاح، كحل الإجارة.

قولهم: (بلفظ طلاق ونحوه) قيد خرج به سائر الفسوخ.

وبالنظر والمقارنة بين التعريفين يتضح أن تعريف الجمهور أولى من تعريف النووي؛ ولذلك شرحنا مفرداته، وسبب رجحانه: مناسبته للمعنى اللغوي، ولعموميته؛ حيث إنه يشمل القيد الحسي والمعنوي، بخلاف تعريف النووي.

والطلاق عند الأحناف: هو: رفع القيد الثابت شرعًا بالنكاح.

قولهم: (شرعًا) يحترز به عن رفع القيد الثابت حسًا، وهو حل الوثائق.

قولهم: (بالنكاح) يحترز به عن العتق؛ لأنه رفع قيد ثابت شرعًا، لكنه لا يثبت ذلك القيد بالنكاح.

وعرفه بعضهم بقوله: رفع قيد النكاح، بلفظ مخصوص.

قولهم: (بلفظ مخصوص) المراد به هنا: لفظ الطلاق؛ سواء كان صريحًا أو كناية، وهو قيد =

أى: شرط صحة الطلاق التكليف، فلا يصح طلاق صبى ومجنون لا تنجيزًا ولا تعليقًا، فإذا قال الصبى: أنت طالق غدًا، لغا وإن بلغ قبل الغد.

ولا يصح الطلاق إلا لمن فى عصمة النكاح، أو غير البائن كالرجعية ومن فى عدة الردة والإسلام لقوله ﷺ: «لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتق إلا بعد ملك»(١)، ويصح وإن علق فقد أجمع الأئمة المعتبرون على صحة الطلاق المعلق.

ولا التفات إلى خلاف ابن حزم فيه.

ويقع الطلاق الهازل، فلو قالت على طريق الدلال: طلقنى، فقال على سبيل الهزل: طلقتك - طلقت؛ لأنه صدر منه عن اختيار ولا أثر لظنه عدم وقوعه بالهزل، كما إذا طلق بشرط الخيار فإنه يقع ولا أثر لظنه أن له الخيار.

والطلاق كغيره من سائر التصرفات، فيصح من الهازل النكاح والبيع وغيرهما، وكذلك يقع الطلاق من الغالط كما إذا أوقعه على امرأة يظنها أجنبية فبانت امرأته أو يظنها أخرى فبانت ضرتها، حتى لو عقد له أبوه صغيرًا على امرأة ولم يعرفها، ثم أوقع الطلاق عليها

= يخرج به كل لفظ لا دلالة فيه على الطلاق.

الطلاق عند المالكية: عرفوه بقولهم: هو صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته، موجبًا تكررها مرتين للحر، ومرة لذى رق حرمتها عليه قبل زوج.

قولهم: (صفة حكمية) لا بد أن يأتى بالجنس بما يناسب المحدود، وهنا المحدود تناسبه الصفة الحكمية؛ لأنها معان تقديرية.

قولهم: (ترفع حلية) أخرج به الطهارة وما شابهها من الأسباب؛ لأن الطلاق مانع، والطهارة بالمعنى الذى أشار إليه سبب؛ وإن كانت شرطًا فى الصلاة، والطلاق لما كان مانعًا، ناسب فيه ذكر الرفع؛ فلذا قال فيها: (ترفع) ؛ مع أن الشيخ ابن عرفة قال فى الإحرام: (صفة حكمية توجب حرمة) فما الفرق؟.

فإن قلت: وهل هناك فرق بين الأمرين؟

فالجواب: الرفع أشد من إيجاب المنع فى الحلية؛ وذكر الرفع هاهنا أنسب للطلاق.

قولهم: (حلية) لا بد من ذكرها؛ لأن المتعة لا ترفع، وإنما يرفع المتعلق بها.

قولهم: (الزوجة) أخرج به حلية المتعة بغيرها.

فإن قلت: حلية المتعة صريحة فى أن المطلقة الرجعية لا يحل التلذذ بها، وقد ذكر اللخمى فى التلذذ بالنظر إليها الخلاف.

فالجواب: أن ذلك ليس بصحيح، وقد أنكر ذلك ابن محرز وعياض وغيرهما، وإنما ذكروا الخلاف فى الجلوس عندها.

والطلاق عند الحنابلة: هو (حل قيد النكاح أو بعضه)

(١) أخرجه الحاكم (٢/ ٤٢٠) عن جابر بلفظ: «لاطلاق لمن لا يملك ولا عتق لمن لا يملك». ونقل الحافظ فى التلخيص (٣/ ٤٢٥) عن الحاكم قوله: - أنا متعجب من الشيخين كيف أهملاه فقد صح على شرطهما من حديث ابن عمر وعائشة وعبد الله بن عباس، ومعاذ بن جبل، وجابر..

وهو يظنها أجنبية أو نسي أن له زوجة وقع ظاهرًا.

ونقل الرافعي عن الروياني وجهين في النفوذ باطلاً وأنه قال: يحتمل أن يقطع بوقوعه في مسألة الناسي.

ويختص الوجهان بما إذا لم يعلم كما يفرق بين من نسي النجاسة وصلى بها وبين الجاهل.

وكذلك يقع الطلاق من السكران تغليظًا عليه وهذا إذا تعدى بالسكر كما يوجب عليه الصلاة، وكذا من زال عقله بشرب دواء مجنن لا حاجة له إليه.

أما إذا زال لا بمحرم كمن شرب دواء لحاجة فزال عقله أو أكره على شرب الخمر فإن طلاقه لا يقع في حالة السكر(١).

---

(١) أما المتعدى فعلى ضربين:

الضرب الأول: أن يسكر بشراب مطرب عالما به مختارًا، ولأصحاب الشافعي في وقوع طلاقه وسائر تصرفاته طريقان:

الطريقة الأولى: حاكية لقولين:

الأول -وهو المشهور-: ينفذ طلاقه، وسائر تصرفاته، له وعليه، قولا وفعلا: كالنكاح، والعتق، والبيع، والشراء، والإسلام، والردة، والقتل، والقطع، وبهذا قال أبو حنيفة، ومالك، وأكثر الفقهاء؛ وذلك لما روى: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا خَطَبَ خَدِيجَةَ بِنْتَ خُوَيْلِدٍ تَزَوَّجَهَا مِنْ أَبِيهَا خُوَيْلِدٍ وَهُو سَكْرَانُ، وَدَخَلَ بِهَا، فَلَمَّا جَاءَ الإِسْلَامُ قَالَ رَسُولُ الله ﷺ: لَا يُزَوِّجُ نَشْوَانُ وَلَا يُطَلِّقُ إِلَّا أَجَزْتُهُ»، وهذا نص.

ولأنه مؤاخذ بسكره؛ فوجب أن يؤاخذ بما يحدث عن سكره؛ ألا ترى أن من جنى جناية فسرت لما كان مؤاخذًا بها، كان مؤاخذا بسرايتها، فإن قيل: فليس السكر من فعله، وإنما هو فعل الله تعالى فيه، فكيف صار منسوبا إليه، ومؤاخذا به؟ قيل: لأن سببه - وهو الشرب - من فعله، فصار ماحدث عنه، وإن كان من فعل الله تعالى منسوبا إليه، كما أن سراية الجناية لما حدثت عن فعله نسبت إليه، وكان مؤاخذًا بها، وإن كانت من فعل الله تعالى، ولأن رفع الطلاق تخفيف ورخصة، وإيقاعه تغليظ وعزيمة، فإذا ما وقع من الصاحي وليس بعاص كان وقوعه من السكران مع المعصية أولى.

القول الثاني: لا ينفذ شيء من ذلك، وبه قال عثمان بن عفان -رضى الله عنه- ومجاهد، وربيعة، والليث بن سعد، وداود، ومن أصحاب الشافعي: المزني، وأبو ثور، ومن أصحاب أبي حنيفة: الطحاوي، والكرخي، وقد تفرد بنقل هذا عن القديم المزني في الظهار، ولم يساعده غيره من أصحاب القديم، ولا وجد في شيء من كتبه القديمة؛ ولذلك اختلف أصحابنا، هل يصح تخريجه قولا ثانيا للشافعي في القديم أم لا؟ فذهبت طائفة إلى صحة تخريجه؛ لأن المزني ثقة فيما يرويه، ضابط لما ينقله ويحكيه.

وذهب الأكثرون إلى أنه لا يصح تخريجه، وليس في طلاق السكران إلا قول واحد: أنه يقع؛ لأن المزني وإن كان ثقة ضابطا فأصحاب القديم بمذهبه أعرف.

واستدلوا أولا على أنه لا ينفذ شيء من ذلك بخبر ماعز عندما أقر للنبي ﷺ بالزنى فقال له الرسول ﷺ: «أَبِكَ جُنُونٌ؟» فَقَالَ: لَا، فَقَالَ: «أَشَرِبْتَ الْخَمْرَ؟» فَقَالَ: لَا، فَقَامَ رَجُلٌ فَاسْتَنْكَهَهُ، =

. . . .

= فَلَمْ يَجِدْ فِيهِ رِيحَ خَمْرٍ، أى: أن الإسكار يسقط الإقرار.

ويجاب عنه بأنه ليس فى الحديث ما يفيد أنه شرب الخمر متعديا، بل يحتمل أنه ﷺ جوز ذلك لسكر لم يتعد به، فسأله عنه، والدليل متى تطرقه الاحتمال سقط به الاستدلال.

واستدلوا ثانيا: بأنه ليس له فهم وقصد صحيح.

ويجاب عنه بأن ما عنده من القصد والفهم يكفى، على أن وقوع طلاقه من قبيل ربط الأحكام بالأسباب؛ تغليظا عليه.

الطريقة الثانية: تفرق بين تصرف له كالنكاح والشراء فلا ينفذ، وبين ما عليه من التصرفات كالطلاق والإقرار والضمان فينفذ تغليظا عليه؛ لينزجر.

فإذا قلنا: إن طلاق السكران المتعدى بسكره واقع، فقد اختلف أصحابنا فى علة وقوعه على ثلاثة أوجه:

أحدها- وهو قول أبى العباس بن سريج-: العلة فى وقوعه أنه متهم فيه لنفسه، ولا يعلم سكره إلا من جهته فعلى هذا يلزمه الطلاق، وجميع الأحكام المغلظة والمخففة فى الظاهر دون الباطن، ويكون مدينا فيما بينه وبين الله تعالى.

ثانيها: أن العلة فى وقوع طلاقه أنه بالمعصية مغلظ عليه، فعلى هذا يلزمه كل ما كان مغلظا من الطلاق، والظهار، والعتق، والردة، والحدود، ولا يصح منه ما كان تخفيفا: كالنكاح، والرجعة، وقبول الهبات، والوصايا.

ثالثها -وهو قول الجمهور-: أن العلة فى وقوع طلاقه إسقاط حكم سكره، وأنه كالصاحى، فعلى هذا يصح منه ما كان تغليظا وتخفيفا، ظاهرا وباطنا، وهذه العلة توافق نص الشافعى على صحة رجعته، وإسلامه من الردة.

الضرب الثانى: أن يسكر بشرب دواء لا بقصد التداوى، بل لقصد السكر، ففى وقوع طلاقه وجهان:

أحدهما: أنه يكون فى حكم المسكر من الشراب فى وقوع طلاقه، ومؤاخذته بأحكامه على ما ذكر؛ لمؤاخذته بسكره، ومعصيته بتناوله كمعصيته بتناول الشراب.

ثانيهما -وبه قال أبو حنيفة-: أنه لا يقع طلاقه، ولا يؤاخذ بأحكامه، ويكون فى حكم المغشى عليه، وإن كان عاصيا؛ لأن ذلك ليس مطربا تدعو النفوس إلى تناوله كالشراب؛ ولذلك لم يغلظ بالحد، فلم يغلظ بوقوع الطلاق، والصريح والكناية فى حقه سواء خلافا لابن الرفعة فإنه قال: «الكناية تحتاج إلى النية، وهى مستحيلة فى حق السكران».

ويرد بما قالوه من أن الصريح يعتبر فيه قصد اللافظ لمعناه، وذلك مستحيل فى حقه، فكما أوقعوا عليه الطلاق بالصريح، ولم ينظروا لذلك، فكذلك الكناية مع النية، سواء أخبر بها عن نفسه حال السكر، أو بعده، وكونها يشترط فيها قصدان وفى الصريح قصد لا يؤثر؛ لأن المقتضى للوقوع فى الصريح إسقاط حكم سكره وجعله كالصاحى، وهذا موجود فى الكناية.

ويرجع فى حد السكران إلى العرف، فإذا انتهى تغيره إلى حالة يقع عليه اسم السكران عرفا، فهو محل الخلاف فى المتعدى، وعدم الوقوع فى غير المتعدى، وقبل هذه الحالة تنفذ جميع تصرفاته تعدى أم لا؛ لوجود العقل.

وعن الشافعى - رضى الله عنه -: هو الذى اختل كلامه المنظوم، وانكشف سره المكتوم.

وقال إمام الحرمين: «شارب الخمر تعتريه ثلاثة أحوال:

أحدها: هزة ونشاط إذا دبت الخمرة فيه، ولم تستول عليه، فينفذ الطلاق فيها قطعا لبقاء العقل. =

واعلم أن فى طلاق السكران المتعدى وسائر تصرفاته قولين.

وقد حد الشافعى السكران بأنه الذى اختلط كلامه المتعدى المنظوم وانكشف سره المكتوم.

ولا تطلق امرأة من سبق لسانه إلى كلمة الطلاق ولم يردها لاختلاف القصد إلى الطلاق، ولكن لا تقبل دعواه بسبق اللسان إلا بوجود قرينة تدل عليه كما إذا كان اسمها طالبًا أو طالعًا أو طارقًا.

فقال: يا طالق، وقال: أردت أن أنطق باسمها فالتف لسانى، فإنه يقبل منه فى الظاهر وأما بغير قرينة فَيُدَيَّن.

ولو قال: طلقتك، وقال: سبق لسانى وأردت أن أقول: طلبتك - فالنص أنه لا يحل لامرأته أن تقبل منه، وقال الماوردى وغيره: هذا إذا اتهمته، أما إذا علمت صدقه بأمارة فلها أن تقبل قوله ولا تخاصمه، قال الرويانى: هذا هو الاختيار. وإذا لقن الأعجمى الطلاق بالعربية ولم يعلم أنه لفظ الطلاق بها لم تطلق امرأته وإن قصد به معناه فى العربية.

وكذلك إذا قصد به الطلاق أيضًا؛ لأنه لم يعلم أنه لفظ الطلاق فهو كما لو قصد الطلاق بلفظ ليس من ألفاظ الكنايات، وإنما يقبل من الأعجمى دعوى الجهل إذا لم يكن له اختلاط بأهل تلك اللغة، فإن كان له اختلاط بهم لم يقبل ظاهرًا ودُيِّن.

ولا يصح طلاق المكره؛ لما روى: «أن رجلا تدلى من جبل بحبل ليشتار عسلاً فجاءته امرأته وقالت: طلقنى ثلاثًا وإلا قطعت الحبل. فطلقها ثلاثًا ثم أتى إلى عمر - رضى الله تعالى عنه - فقال: ارجع إلى أهلك فليس هذا بطلاق»(١).

وينبغى للمكره أن يورِّى فينوى طلاق غير زوجته أو طلاقًا من وثاق ونحوه، أو يقول سرًّا: إن شاء الله. ولا يلزمه أن يورى لأنه مجبر على اللفظ ولا نية له تشعر بالاختيار كما ذكره فى «العزيز» و«الروضة»(٢).

= ثانيها: نهاية السكر وهو أن يصير طافحًا يسقط كالمغشى عليه، لا يتكلم، ولا يكاد يتحرك، وهذه لا ينفذ الطلاق فيها؛ إذ لا قصد له؛ قياسا على المغشى عليه، وهذا خلاف المعتمد؛ لأن تعديه بالتسبب إلى هذه الحالة اقتضى نفوذ جميع تصرفاته له وعليه.

ثالثها: متوسط بينهما، وهو أن تختلط أحواله فلا تنتظم أقواله وأفعاله، ويبقى له تمييز وكلام وفهم، وهذه الحالة محل الخلاف فى تصرفاته.

(١) أخرجه البيهقى (٧/ ٣٥٧).

(٢) يشترط فيمن يوقع الطلاق أن يكون مختارا؛ فلا يقع طلاق المكره ولا عتقه، ولا تصح عقوده، سواء كان ذلك مما لا يلحقه الفسخ كالطلاق والعتق، أو كان مما يلحقه كالبيع والنكاح، وبه قال مالك، وأكثر الفقهاء.

=

....

= وقال أبو حنيفة: إن كان مما يلحقه الفسخ كالبيع والنكاح لم يصح من المكره، وإن كان مما لا يلحقه كالطلاق والعتق صح من المكره، كما يصح من المختار، مستدلا بقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، ولم يفرق بين مكره ومختار، فكان على عمومه.

ويجاب عنه بأنه قال: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا﴾ [البقرة: ٢٣٠] والمكره عندنا غير مطلق، ولو صح دخوله لكان مخصوصا بما يأتي من أدلتنا.

واستدل ثانيا برواية علي بن أبي طالب عن النبي ﷺ أنه قال: «كُلُّ الطَّلَاقِ جَائِزٌ إِلَّا طَلَاقَ الْمَعْتُوهِ وَالصَّبِيِّ»، فدخل طلاق المكره في عموم الجواز.

وبرواية أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «ثَلَاثَةٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ: النِّكَاحُ، وَالطَّلَاقُ، وَالرَّجْعَةُ»، والمكره لا يخلو أن يكون جادا أو هازلا، فوجب أن يقع طلاقه.

ولما روى صفوان بن عمران أن رجلا كان نائما مع امرأته في الفراش، فجلست على صدره، ووضعت السكين، وقالت: إن طلقتني ثلاثا وإلا ذبحتك، فناشدها الله فأبت، فطلقها، ثم أتى رسول الله ﷺ فذكر له ذلك، فقال: «لَا إِقَالَةَ فِي الطَّلَاقِ»، أي: لا رجوع فيه؛ فدل على وقوعه مع الإكراه.

أما الجواب عن الحديث الأول، فمن وجهين:

أحدهما: أنه محمول على الاختيار.

ثانيهما: أن في استثناء الصبي والمعتوه لفقد القصد منهما تنبيها على إلحاق المكره بهما.

ويجاب عن الحديث الثاني بأنا نقول بموجبه، ونجعل الجد والهزل في وقوع الطلاق سواء، والمكره ليس بجاد ولا هازل، فخرج عنهما كالمجنون؛ لأن الجاد قاصد للفظ مريد للفرقة، والهازل قاصد للفظ غير مريد للفرقة، والمكره غير قاصد للفظ ولا مريد للفرقة.

ويجاب عن الثالث من وجهين:

أحدهما: أن الرجل أقر بالطلاق وادعى الإكراه، فألزمه إقراره، ولم يقبل دعواه.

الثاني: أنه يجوز أن يكون رأى من جلده وضعف زوجته ما لا يكون به مكرها فألزمه الطلاق.

ودليلنا: على عدم وقوع طلاق المكره: السنة، والإجماع، والقياس.

أما السنة: فما روى عن النبي ﷺ أنه قال: «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ، وَالنِّسْيَانُ، وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ» فبان ما ذكرنا.

فإن قيل: هو محمول على رفع الإثم، يقال: حمله على رفع الحكم أولى؛ لأنه أعم؛ لأن ما رفع الحكم قد رفع الإثم.

وإن قيل: الاستكراه لم يرفع؛ لأنه قد يوجد، يقال: المراد به حكم الاستكراه لا الاستكراه، كما أن المراد به حكم الخطأ لا وجود الخطأ، على أنه قد روى «عُفِيَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ، وَالنِّسْيَانُ، وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ».

وروت عائشة -رضي الله عنها- أن النبي ﷺ قال: «لَا طَلَاقَ فِي إِغْلَاقٍ»، قال أبو عبيدة: «الإغلاق: الإكراه» يعني: أنه كالمغلق عليه اختياره.

فإن قيل: المراد به الجنون؛ لأنه مغلق الإرادة، ففيه جوابان:

أحدهما: أن أهل اللغة أقوم بمعانيها من غيرهم؛ فكان حمله على ما فسروه أولى.

ثانيهما: أنه يحمل على الأمرين فيكون أعم.

وأما الإجماع: فهو إجماع الصحابة -رضي الله عنهم- قاله خمسة منهم لم يظهر لهم مخالف.

منهم عمر: روى ابن المنذر ما ملخصه أن رجلا تدلى بحبل فأدركته امرأته، فحلفت لتقطعن =

. . . .

= الحبل أو ليطلقها ثلاثا، فذكرها الله والإسلام، فحلفت لتفعلن أو ليفعل، فطلقها ثلاثا، فأتى عمر ابن الخطاب وذكر له الذى كان من أمر امرأته إليه، والذى كان منه إليها، فقال: ارجع إلى امرأتك؛ فإن هذا ليس بطلاق.

ومنهم على بن أبى طالب: كان لا يرى طلاق المكره شيئا.

ومنهم عبد الله بن عباس قال: ليس على المكره، والمضطر طلاق.

ومنهم عبد الله بن عمر، وعبد الله بن الزبير، كانا يريان مثل ذلك.

وأما القياس: فإن طلاق المكره لفظ حمل عليه بغير حق؛ فوجب ألا يثبت به حكم كالإكراه على الإقرار بالطلاق.

فإن قيل: لا يصح قياس الإيقاع على الإقرار؛ لأن الإكراه على الإيقاع يتعلق به التحريم، والإكراه على الإقرار بالإيقاع لا يتعلق به تحريم؛ لأن الإقرار خبر يدخله الصدق والكذب، وخالف الإيقاع الذى لا يدخله ذلك - يقال: إن إقرار المكره لم يرتفع لهذا المعنى؛ لأنه موجود فى إقرار المختار، وطلاقه واقع، وإنما المعنى فيه الإكراه، وهو موجود فى الإيقاع.

وقياس ثان: أنه لفظ تعلق به الفرقة بين الزوجين، فوجب ألا يصح إذا حمل عليه بغير حق؛ كالإكراه على كلمة الكفر.

فإذا صح أن طلاق المكره لا يقع، فلتحقيق الإكراه شروط سبعة:

الأول: أن يكون المكرِه قادرا على تحقيق ما هدده به بولاية، أو تغلب، مثل: السلطان، والمتغلب، والمتلصص، والسيد مع عبده.

الثانى: أن يهدده بتحقيقه عاجلا، فلو هدده بالقتل غدا لم يكن إكراها وإن علم من عادته المطردة أنه إذا لم يمتثل أمره حقق الأمر فى الغد. وبحث الأذرعى فى هذه الحالة أنه يكون إكراها، وهو قوى المدرك وإن كان المعتمد فى المذهب هو الأول.

والثالث: أن يكون مكرها بظلم؛ فلا يحصل الإكراه بالتهديد بالمستحق: كقوله لمن له عليه قصاص: طلقها وإلا اقتصصت منك، فهذا ليس بإكراه، وما أكره عليه من الطلاق واقع، وهذه الثلاثة تتعلق بالمكرِه.

الرابع: أن يغلبَ فى النفس بالأمارات الظاهرة، أنه سيفعل ما يتوعده به عند الامتناع من إجابته، فإن لم يغلب على النفس بأن جاز أن يفعل وألا يفعل، فليس بمكره.

الخامس: عجز المكرَه عن دفعه بهرب أو تخويف بالله أو استغاثة، بأن عجز عن الهرب لحبسه، أو إمساكه، أو لم يخف المكرِه من الله لعُتُوِّه وبَغْيِهِ، أو لم يجد من يستغيث به.

السادس: ألا يكون له ناصر ولا شفيع يكفه عنه، فإن وجد ناصرا ينصره، أو شفيعا يشفع له فليس بمكره.

السابع: ألا تظهر منه قرينة اختيار، فإن ظهر كأن أكره على أن يطلق ثلاثا فوجد أو بالعكس، أو على أن ينجز فعلق أو بالعكس، أو على أن يطلق معينة من زوجاته فأبهم أو بالعكس، أو على صيغة مخصوصة كـ «طلقت»، فأتى بأخرى - وقع الطلاق فى جميع ذلك؛ لقيام قرينة الاختيار.

وفى اشتراط التورية خلاف بين أصحابنا.

الصحيح أنها لا تشترط؛ لأنه مجبر على اللفظ فهو منه كالعدم.

الثانى: يشترط الإتيان بها، كأن ينوى غير زوجته، أو ينوى بالطلاق حل الوثاق، فلو تركها بلا عذر كغباوة، أو دهشة وقع الطلاق؛ لإشعار تركها بالاختيار، ورد بأن اللفظ منه كالعدم.

ومثل اشتراط التورية اشتراط ألا ينوى باللفظ الطلاق؛ لأن صرائح الطلاق كنايات فى حقه، فلو =

. . . .

= نواه وقع على الأصح؛ لأنه لم يكره على النية، فقد أتى بالطلاق المنوى مختارا فلزمه، ومقابل الأصح: لا يقع؛ لأنه مكره على اللفظ، فهو منه لغو لا عبرة به فلم يبق إلا مجرد النية، وهى لا تستقل بإيقاع الطلاق، وبقية هذه الشروط تتعلق بالمكرَه.

وضابط الإكراه التهديد بما يسهل على العاقل ارتكاب الطلاق دونه، وقال الماوردى: «الإكراه هو التهديد بإدخال الضرر والأذى البين على المكره» ويحصل الإكراه بواحد من سبعة أشياء.

الأول: التهديد بقتله، أو قتل من بينه وبينهم بعضية كالوالدين، وإن علوا، والمولودين وإن سفلوا، لأنه أعظم ما يدخل به الضرر، فإن هدده بقتل ذى رحم محرم: كالإخوة، والأخوات وبنيها، والأعمام، والعمات دون بنيها، والأخوال والخالات دون بنيها - ففى كونه مكرها وجهان:

الأول: يحصل الإكراه؛ لثبوت المحرم كالوالدين. الثانى: لا يحصل الإكراه؛ لعدم البعضية كالأجانب.

الثانى: التهديد بالجرح: إما بقطع طرف، أو إنهار دم، فيكون إكراها؛ لما فيه من إدخال الألم، وربما سرى إلى النفس، ومثل هذا ضرب يخاف منه الهلاك.

الثالث: التخويف بضرب شديد لا يخاف منه الهلاك، فيكون إكراها أيضا؛ لألمه وضرره، إلا أن يكون فى قوم من أهل الشطارة والصعلكة، الذين يتباهون فى احتمال الضرب، ويتفاخرون فى الصبر عليه؛ فلا يكون فى أمثالهم إكراها.

الرابع: الإرهاب بحبس طويل، أو غير معلوم طوله وقصره؛ لأن الظاهر فى المحبوس على شىء ألا يُطْلَقَ إلا بعد فعله، وأما إن كان قصيرا كاليوم ونحوه، فلا يكون إكراها؛ لقربه وقلة ضرره.

الخامس: التهديد بإتلاف مال أو أخذه، بحيث يتضرر به، لا أخذ مال يسير من غنى موسر لا يبالى بأخذه، فإن كان كثيرا ولا يؤثر فى مثله لسعة ماله ففيه وجهان:

أحدهما: يكون مكرها؛ لكثرة المأخوذ منه.

والثانى: لا؛ اعتبارًا بحاله.

السادس: النفى عن بلده، وله مال وأهل لا يقدر على نقلهما، فإن قدر على نقلهما، ففى كونه مكرها وجهان:

أحدهما: لا يكون مكرها؛ لتساوى البلاد كلها فى مقامه فيما شاء منها.

والثانى: يكون مكرها؛ لأن النفى عقوبة كالحد؛ ولأن فى تغريبه عن وطنه مشقة لاحقة به.

السابع: السب والاستخفاف لمن هو من أهل الصيانات وذوى المروءات، وفى الإكراه بالتهديد به، ثلاثة أوجه:

أحدها: يكون إكراها فى أمثالهم؛ لما يلحقهم من وهن الجاه، وألم الغلب.

ثانيها: لا يكون إكراها؛ لأن الناس قد علموا أنهم مظلومون.

ثالثها -وهو الأصح-: أن ينظر حاله فإن كان من أهل الدنيا وطالبيها، التزم كون ذلك إكراها؛ لأنه ينقص ذلك من جاهه بين نظرائه، وإن كان من أهل الآخرة، وذوى الزهادة فى الدنيا لم يكن ذلك إكراها؛ لأنه لا ينقص ذلك من جاهه بين نظرائه، بل ربما كان إعلاء لذكره مع كثرة ثوابه.

ولا فرق بين الإكراه الحسى والشرعى، كما لو حلف ليبيعن أمته اليوم فوجدها حاملا منه، فإنه لا يحنث، وكذا لو حلف ليقضين حق زيد فى هذا الشهر فعجز عنه، أو حلف لتصومن زوجته غدا فحاضت، نعم إن تضمن حلفه معصية حنث كما لو حلف لا يصلى الظهر، أو ليعصين الله فيقع طلاقه.

إذا علمت ضابط الإكراه، فاعلم أن المكرَه إذا تلفظ بالطلاق فعلى ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يتكلم بالطلاق غير مريد لإيقاعه، ولا قاصد للفظ فلا يقع طلاقه؛ لوجود الإكراه =

فإن أكره فقصد الطلاق وقع، ثم الإكراه فى سائر التصرفات يبطلها كما يبطل الطلاق، وهذا إذا كان الإكراه بغير حق، أما الإكراه بحق كإكراه القاضى على البيع ونحوه فحكمه حكم الاختيار، وإذا أكره على الإسلام نظرت. فإن كان ذميًّا لم يحكم بإسلامه؛ لأنه أكره بغير حق لاستحقاقه الإقرار على دينه، وإن كان حربيًّا أو مرتدا صح ولزمه سائر أحكام الإسلام؛ لأنه أكره بحق.

وإنما يسمى مكرها إذا هدد بمحذور ممن يقدر على تحقيق ما يهدد به بولاية أو تغلب وهو عاجز عن الدفع بنحو فرار أو مقاومة[(١)] أو استغاثة مع ظنه أنه متى[(٢)] امتنع أوقع به المحذور.

والأصح أن التخويف بإتلاف المال ليس بإكراه على الطلاق، ويشترط أن يكون المحذور مناسبًا لما أكره عليه بحيث يؤثر العاقل فعل ما أكره عليه حذرًا[(٣)] منه.

ويختلف الحكم فى ذلك فقد يكون الشىء إكراهًا فى مطلوب دون مطلوب وفى شخص دون شخص.

فإن كان الإكراه على الطلاق، حصل بالتخويف بالقطع أو الحبس الطويل أو قتل الولد وتخويف ذى المروءة بالصفع فى الملأ ونحوه.

وإن كان الإكراه على قتل فالتخويف[(٤)] بالحبس وقتل الولد وإتلاف المال ليس إكراها.

ولو طالبه السلطان الظالم بشخص وأخفاه، فقال: إما أن تدلنا أو تحلف بالطلاق فحلف بالطلاق حنث، بخلاف ما إذا قال له اللصوص: لا نخليك إلا إذا حلفت بالطلاق أنك لا تذكرنا، فحلف بالطلاق ثم ذكرهم لم يحنث لأنه إكراه على الحلف بالطلاق.

[وقوله فى الحاوى: «إنما يصح طلاق المكلف» إلى قوله: «كإسلام غير الحربى» فيه أمور:

أحدها: قوله: «وإن هزل كغير النكاح»، يعنى: أن الهازل تنفذ تصرفاته كلها إلا فى

= على اللفظ وعدم الإرادة.

ثانيها: أن يقصد لفظ الطلاق ويريد إيقاعه، فطلاقه واقع، لارتفاع حكم الإكراه بقصده وإرادته.

ثالثها: أن يقصد لفظ الطلاق، ولا يريد إيقاعه، ففى وقوع طلاقه وجهان:

أحدهما: لا يقع طلاقه؛ لفقد الإرادة فى الوقوع.

وثانيهما: يقع طلاقه؛ لقصده لفظ الطلاق؛ فصار فيه كالمختار والله أعلم.

(١) فى أ: مفارقة.

(٢) فى ط: إن.

(٣) فى ط: حذارًا.

(٤) فى ط: بالتخويف.

النكاح فإنه لا يصح نكاح الهازل، والصحيح أن النكاح كغيره، قال فى الروضة: الطلاق والعتاق ينفذان من الهازل ظاهرا أو باطنا ولا يُدَيَّن فيهما.

وينفذ أيضا النكاح والبيع وسائر التصرفات مع الهزل على الأصح.

الثانى: قوله: «أو سكر»، أطلق السكر، وذلك مخصوص بمن سكر عدوانًا، أما من أكره أو شرب دواءً لحاجة فسكر أو زال عقله، فإنه معذور ولا يقع طلاقه.

الثالث: قوله: «أو أكره بمحذور كغير إسلام الحربى» فيرد عليه إسلام المرتد وإكراه القاضى على البيع.

فلو قال: أو أكره بمحذور بغير حق، لشمل الجميع؛ فإن إكراه الحربى والمرتد بحق صحيح، فيصح إسلامهما، بخلاف الذمى فإن إكراهه بغير حق.

الرابع: أنه أطلق أن الإكراه بالمحذور يبيح الطلاق وغيره من غير تقييد بالتخويف المناسب.

والذى صححه فى الروضة وغيرها أنه لا بد من المناسب][1].

وقوله: لا على إحداهما فعين أو طلقتين فأفرد وبعكس.

أى: لا إكراه إذا أكره على تطليق إحدى زوجتيه فعين واحدة للطلاق فإن ذلك اختيار منه.

ولو قال: طلقت إحداهما، لكان طلاق إكراهٍ لا يقع على واحدة منهما.

وكذلك لو أكره على تطليقها طلقتين فطلقها واحدة وقعت، ولو طلقها طلقتين لكان مكرها، وبعكس ذلك لو أكره على طلاق معينة فطلق إحداهما أو على أن يطلقها واحدة فطلقها طلقتين[2] فيقع ما أوقعه.

وكذلك إذا أكره على لفظ فأتى بآخر كقل: طلقتها، فقال: أبنتها - فإنه غير مكره فى ذلك كله.

وقوله: ويبيح مُكَفِّرًا أو خمرًا أو فطرًا، لا زنًى وقتلا، وقد يوجب إتلاف مال.

أى: إذا اكره الإنسان على كلمة الكفر والسجود للصنم جاز له أن يتلفظ بها بلسانه دون اعتقاد؛ قال الله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ﴾ [النحل: ١٠٦].

والثبات على الإيمان وترك الإقدام على كلمة الكفر أفضل وإن قتل.

وكذا يبيح الإكراه بشرب الخمر؛ ألا ترى كيف جوزوا لمن غص بلقمة أن يسيغها بالخمر إذا لم يجد غيرها.

ويبيح الإفطار فى رمضان، والخروج من صلاة الفريضة أيضًا.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) فى أ: ثنتين.

وأما الزنى والقتل فلا يبيحهما الإكراه لتعلقهما بالغير.

وقد[١] لا يتصور الإكراه فى الزنى؛ لأن الانتشار علامة الاختيار والصحيح أنه يتصور لأن الزنى هو الإيلاج المجرد والإكراه لا ينافيه، والانتشار بالطبع الغالب فكم من يختاره ولا يقدم[٢] عليه.

ولا يجب الحد على الزانى مكرها ولكنه يأثم، ولا حد على المكرهة قطعًا وتأثم إلا إذا أضبطت، وفى وجوب القصاص على المكره خلاف يأتى.

ثم الإكراه قد يوجب إتلاف المال، وذلك إذا هدده بقتل أو قطع أو نحوه، فإن خوف بمحذور آخر كهتك العرض والمروءة بالتعزير والضرب ونحوه فلا يجب عليه إتلافه لكن يباح له سواء كان له أو لغيره، ولصاحب المال أن يطالب من شاء، والقرار على من أكرهه على الوجه الصحيح، وقد أطلق فى «الحاوى» أن الإكراه بمحذور يوجب إتلاف المال وليس على إطلاقه.

وقوله: وصح تعليق عبد ثلاثًا بشرط وافق عتقه.

أى: العبد وإن كان لا يملك على زوجته إلا طلقتين حرة كانت أو أمة، لكنه إذا علق طلاقها ثلاثًا ثم وافق على وجود شرط عتقه.

إما بأن علق طلاقها ثلاثا بدخول الدار فعتق ثم دخلت فقد وافق دخولها العتق.

وإما أن يعلق الثلاث بصفة[٣] فيقول: إن عتقت فأنت طالق ثلاثًا، فإذا عتق فالصحيح أن الطلاق يقع مع العتق؛ بناء على الصحيح [أنه] لا ترتيب بين العلة والمعلول.

وقوله فى «الحاوى»: «وصح تعليق العبد الثلاث إن عتق قبل الشرط» لا يقتضى أن يقع الثلاث فى صورة التعليق بعتقه؛ لأن العتق هو الشرط والطلاق وقع معه، وقد شرط لوقوع الثلاث[٤] العتق قبل الشرط.

* * *

(١) فى ط: وقيل.
(٢) فى ط: يقدر.
(٣) فى ط: بعتقه.
(٤) فى ط: الطلاق.

ألفاظ الصريح فى الطلاق

وقوله: بأحد طلقت وترجمته، وسرحت فارقت وما اشتق منها لا مصدر، وبخالعت وفاديت، ونعم بعد أطلقت لإنشاء.

أى: إنما يصح الطلاق بهذه الألفاظ الصرائح أو بالكناية بالنية على ما سيأتى.

فالصريح: طلقت وسرحت وفارقت؛ لورود القرآن بها، ويقع بما اشتق منها مثل: أنت طالق ومطلقة ويا طالق، ومسرحة ومفارقة ويا مسرحة ويا مفارقة.

وترجمة لفظ الطلاق بالعجمية وترجمة غيره كناية.

وأما المصادر فكانت[١]: الطلاق والطلقة والسراح والفراق، فليست صرائح فيه.

بل كنايات، وخالعتك وفاديتك صريحان فى الطلاق مع ذكر المال.

وأما خالعتك وفاديتك من غير ذكر مال فصحح فى «الروضة» أنه كناية، إن نوى بهما[٢] الطلاق وقع ووجب مهر المثل وإلا فيلغو.

وقال فى «المهمات»: الأصح عند عدم ذكر المال أنه صريح، كذا صححه الرافعى فى «المحرر» والنووى وصاحب «الحاوى الصغير» فيه، ووافقه النشائى ونقله عن «الكفاية»، وقال البلقينى فى «التدريب»: ولا يشترط فى صراحتهما ذكر العوض على طريقة الأكثرين خلافًا لما وقع فى «الروضة».

وقول الزوج «نعم» جوابًا لمن قال له طالبًا[٣] للإنشاء: أطلقت امرأتك: صريح، لأن تقدير كلامه: نعم طلقت.

بخلاف حكمها فى الاستخبار فإنه يكون إقرارًا فقط، فإن كان كاذبًا فهى على نكاحه فى الباطن.

وقوله فى «الحاوى»: «بطلقت وسرحت وفارقت»[٤] إلى قوله: «وترجمتها» فيه أمور:

أحدها: أنه عد من الصرائح[٥]: حلال الله علىّ حرام، والأصح كما قال النووى: أنه كناية.

الثانى: أن الذى يقول: إنه صريح، لا يقول بذلك مطلقًا، بل يقول: هذا إذا اشتهر[٦]

---

(١) فى ط: فكأنت.
(٢) فى أ: به.
(٣) فى أ: طلبًا.
(٤) فى أ: وفاديت.
(٥) فى ط: الصريح.
(٦) فى ط: أشهر.

فى العرف بأرض أنه طلاق، وأيضًا فإنهم لم يخصصوه كما خصه[١]، بل قال فى «الروضة»: كحلال الله علىّ حرام أو أنت علىّ حرام أو الحل علىّ حرام. فعلم من هذا أن كل لفظ اشتهر فى العرف أنه طلاق فله حكمه.

الثالث: أنه عد ترجمة السراح والفراق من الصرائح[٢] فى الطلاق، وقد قال أيضًا فى «الروضة»: لكن الأصح أنها كناية، قاله الإمام والرويانى: لأن ترجمتهما بعيدة عن الاستعمال فأقرهما عليه.

الكناية فى الطلاق

وقوله: أو كناية ككتابة، وحلال الله علىّ حرام وما لعتق، وأنت خلية برية بائن بتة بتلة، اعتدى ولو قبل وطء، واستبرئى رحمك، الحقى بأهلك، وحبلك على غاربك، لا أنده سربك، اغربى، اعزبى، اذهبى، اخرجى تجرعى ذوقى تزودى كلى اشربى، بنية قارنت أوله أو نواها بأنا منك طالق.

أى: ويصح الطلاق بالصرائح التى تقدمت أو بالكناية وهى هذه الألفاظ التى ذكرها، فكَتْبِ الطلاق كناية سواء كانت من الأخرس أو من غيره.

فإن تلفظ بما كتب فصريح، وإن قال: أردت قراءته فوجهان كمن أطلق امرأته من وثاق وقال: أنت طالق، وادعى أنه أراده به.

«وحلال الله على حرام»: كناية ليس بصريح على الأصح كما سبق.

وجميع ألفاظ العتق: صرائحها وكنايتها كناية هنا، وأنت خلية وبرية أى من الزوج.

والبت والبتل: القطع، واعتدّى، أى: كما تعتد المطلقة وإن لم يدخل بها؛ لأنها متهيئة لأن تعتد.

وكذلك: استبرئى رحمك والحقى بأهلك، وحبلك على غاربك، والغارب مقدم الظهر. وأصله: أن الناقة يلقى خطامها على غاربها لترعى كيف شاءت. ومعناه فى المرأة: خليت سبيلك.

ولا أنده سربك - بفتح السين - النده: الزجر والرد، والسرب: ما يرعى من إبل وغيره، ومعناه: لا أرد إبلك بل أخلى سبيلك.

واغربى، أى: صيرى غريبة[٣] لا زوج لك، واغربى، أى: تباعدى عنى مثل قوله: اذهبى واخرجى وتجرعى، أى: كأس الفراق، وتزودى واستعدى أى للحوق بأهلك.

---

(١) فى ط: خصصوا كما خصصه.
(٢) فى ط: الصريح.
(٣) فى ط: عزبة.

وكلى واشربى، أى: زاد الفراق واشربى منه، وهذه أمثلة ولما بمعناها حكمها.

وقوله: «أنا منك طالق»: يشترط أن ينوى وقوع الطلاق عليها لا غير.

وسائر الكنايات يشترط أن ينوى باللفظ الطلاق؛ لأن اللفظ يحتمل الطلاق وغيره، وهناك لا يحتمل إلا صرفه عليها[١].

ويشترط أن تقارن النية أول لفظ الكناية وهو الأصح.

قال فى «المهمات»: وبه الفتيا، وإن كان فى «الروضة» قال: بأول اللفظ أو بآخره على الأصح.

وقوله: لا اقعدى أغناك الله، اغزلى استبرئى رحمى منك، و«اختارى» تفويضٌ إن نواه، وجوابها: اخترت نفسى أو زيدًا لا أنت أو النكاح تطليق إن نوته.

أى: ليس شىء من هذه الألفاظ المستثناة فى شىء من الكنايات لبعدها عن معنى الطلاق.

وإذا قال لزوجته: اختارى. ونوى تفويض طلاق نفسها إليها كان قوله: اختارى، مع نية التفويض كقوله: طلقى نفسك.

فإذا قالت: اخترت نفسى ونوت الطلاق كان كأنها قالت: طلقت نفسى، ولو قالت: اخترت. ولم تقل «نفسى» لغا، إلا إن كان قد قال لها: اختارى نفسك.

وإن قالت: اخترت أبى أو أمى أو أخى أو غيرك أو الأزواج. ونوت الطلاق - وقع؛ فإن اختيارها هؤلاء مشعر باختيار فراقه، بخلاف ما إذا قالت: اخترت النكاح أو اخترتك لعدم الإشعار بالفراق.

وقيل: لا يقع، إذا اختارت الأزواج؛ لأنه منهم.

وقوله: وتجب كفارة بأنت حرام علىّ لا بنية طلاق أو ظهار أو عتق أمة ويقع.

أى: إذا قال لمن تحته من زوجة أو[٢] أمة: أنت حرام على، نظرت، فإن نوى تحريم عينها أو تحريم الاستمتاع بها لم تحرم، ولزمه كفارة يمين. وكذا إذا أطلق ولم يقصد شيئًا؛ لما روى سعيد بن جبير أن رجلاً جاء إلى ابن عباس فقال: إنى جعلت امرأتى على حرامًا، فقال: كذبت ليست عليك حرامًا. ثم تلا قوله تعالى ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَۖ﴾ إلى قوله: ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْۚ﴾[٣] [التحريم: ١، ٢].

---

(١) فى ط: عنها.

(٢) فى ط: أم.

(٣) أخرجه النسائى (٦/ ١٥١) كتاب الطلاق باب تأويل قوله عز وجل ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَۖ﴾، =

أنزلت فى تحريم النبى ﷺ مارية على نفسه، وقيس تحريم الزوجة على تحريم الأمة لأن كلًّا منهما تحريم فرج حلال، هذا إذا كانت الأمة غير مَحْرَمٍ. فأما المحرم فلا كفارة بتحريمها لأنه صادق فيما قال.

وإن نوى به الطلاق كان طلاقًا، أو الظهار كان ظهارًا أو عتق الأمة كان عتقًا لأن كلًّا منهما يقتضى تحريمها على الزوج والسيد.

ولو قال لعبد: أنت على حرام ولم ينو به العتق لغا، كما لو قال: هذا الثوب أو هذا الطعام على حرام.

واعلم أن قوله: أنت على حرام، صريح فى وجوب الكفارة فإن لم يقل: «علىَّ» فهو كناية، فإن قيل: إذا كان صريحًا بالتحريم وقد وجد نفاذا فى موضعه، فكيف يجوز أن تصرفه النية إلى غيره[1].

= وزاد فى روايته: - «عليك أغلظ الكفارة عتق رقبة».
وأصله فى صحيحى البخارى (٩/ ٦٥٤) كتاب التفسير باب ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ ...﴾ الآية (٤٩١١) ومسلم (٢/ ١١٠٠) كتاب الطلاق باب وجوب الكفارة (١٨/ ١٤٧٣).

(١) لو اشتهر لفظ للطلاق: كـ «الحلال»، أو «حلال الله على حرام»، أو «أنت على حرام» ففيه وجهان:
الأول: أنه صريح فى الطلاق عند من اشتهر عندهم؛ لغلبة الاستعمال، وحصول التفاهم به عندهم، وصحح هذا الرافعى فى المحرر.
الثانى: أنه كناية، وصححه النووى فى «المنهاج» ؛ لأن الصريح إنما يؤخذ من ورود القرآن به وتكرره على لسان حملة الشريعة، وليس هذا كذلك.
أما من لم يشتهر عندهم فهو كناية فى حقهم قطعا.
وكذا لو قال: «أنت حرام»، ولم يقل: «على»، فإن جرينا على أن قوله لزوجته: «أنت على حرام» صريح، ونوى به غير الطلاق لغت نيته وتعين الطلاق فى حقه، وإن جرينا على ما صححه النووى، من أنه كناية، ونوى به طلاقا -وإن تعدد- أو ظهارا، وقع المنوى؛ لأن كلا منهما يقتضى التحريم؛ فجاز أن يعبر عنه بالحرام؛ من إطلاق اسم المسبب على السبب.
فإن نواهما معا، ففيه ثلاثة أوجه:
الصحيح: أنه يتخير، ويثبت ما اختاره منهما، ولا يثبتان جميعا؛ لأن الطلاق يزيل النكاح، والظهار يستدعى بقاءه.
الثانى: أن الواقع طلاق؛ لأنه أقوى فى إزالة الملك.
الثالث: أنه ظهار ؛ لأن الأصل بقاء النكاح.
وإن نواهما مرتبا، فقال بعضهم: يكون مثل ما لو نواهما معا على الخلاف المتقدم، وهذا هو المرجح فى الروضة.
وقال ابن الحداد: إن قدم الظهار وقع الطلاق بعده، وإن قدم الطلاق، وكان بائنا، أو رجعيا، ولم يراجع - فلا يقع الظهار معه، وإن راجع وقع معه.
وإن نوى به إيلاء لم يكن إيلاء؛ لأنه يمين لا ينفذ بالكناية.
وإن نوى به تحريم عينها، أو فرجها، أو رأسها، أو يدها، أو وطئها - لم تحرم عليه، وعليه =

. . . .

= كفارة مثل كفارة اليمين.

وإن أطلق، ولم ينو شيئا، لم يتعلق به طلاق ولا ظهار ولا تحريم.

وفى وجوب الكفارة قولان للشافعى ذكرهما فى «الإملاء».

أظهرهما: تجب عليه الكفارة.

ثانيهما: لا تجب، وذلك اللفظ منه لغو.

وإن قال لأمته: «أنت على حرام»، ونوى عتقا، ثبت. أو طلاقًا أو ظهارا، لغا؛ لأنه لا مجال لهما فى الأمة. أو نوى تحريم عينها، أو وطئها، لم تحرم، وكفر كفارة يمين. وإن لم ينو شيئا، لم تحرم، وفى وجوب الكفارة طريقان:

الأولى: قاطعة بوجوبها.

والثانية: حاكية لقولين.

الأظهر: تجب.

والثانى: لا تجب.

ومن أصحابنا من خرج الحرة والأمة فى وجوب الكفارة عند فقد الإرادة على ثلاثة أوجه:

أحدها: تجب فى الحرة والأمة.

ثانيها: لا تجب فى الحرة ولا فى الأمة.

ثالثها: تجب فى الأمة، ولا تجب فى الحرة؛ لأن التحريم فى الأمة أصل، وفى الحرة فرع.

ولا ينعقد به فى الأحوال كلها يمين عندنا.

وقال أبوحنيفة: إنه يكون إيلاء يؤجل فيه أربعة أشهر، فإن وطئ فعليه كفارة يمين، وإن لم يطأ حتى مضت أربعة أشهر، طلقت طلقة بائنة.

ويقول: إنه لو حرم طعامه أو ماله على نفسه، كان يمينا يلزمه به كفارة يمين.

ولا يلزمه عندنا شىء بتحريم طعامه، أو ماله؛ لأنه غير قادر على تحريمه، بخلاف الزوجة والأمة؛ فإنه قادر على تحريمهما بالطلاق والعتق.

واستدل أبو حنيفة: على أن التحريم يمين توجب ما ذكره من الإيلاء، والكفارة بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ تَبۡتَغِي مَرۡضَاتَ أَزۡوَٰجِكَ وَٱللَّهُ غَفُورٞ رَّحِيمٞ قَدۡ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمۡ تَحِلَّةَ أَيۡمَٰنِكُمۡ﴾، واستدلاله بذلك من وجهين:

أحدهما: أن الذى حرمه على نفسه مختلف فيه: فحكى عروة، وابن أبى مليكة: أنه حرم العسل على نفسه؛ لأنه كان يشربه عند بعض نسائه، فقالت الباقيات: نجد منك ريح المعافير -وكان يكره ريحه- فحرمه على نفسه، ثم كفَّر.

وحكى عن الحسن، وقتادة أنه حرم مارية على نفسه؛ لأنه كان خلا بها فى منزل حفصة، فغارت منها، فحرمها ثم كفَّر؛ فدل على وجوب الكفارة فى الإماء والطعام، وكفارة اليمين تجب فى الإماء والطعام.

والثانى: أن الله تعالى قال: ﴿قَدۡ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمۡ تَحِلَّةَ أَيۡمَٰنِكُمۡ﴾ [التحريم: ٢] فدل بهذا النص على أن التحريم يمين؛ ولأن ما أوجب كفارة اليمين فى الزوجة والأمة كانت يمينا توجب الكفارة فى المال والطعام؛ كالحلف بالله تعالى.

ورد بأن المعنى فى الأصل أنه حالف بالله تعالى فانعقدت به اليمين.

ودليلنا: قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ تَبۡتَغِي مَرۡضَاتَ أَزۡوَٰجِكَ﴾ [التحريم: ١] فأنكر الله تعالى على نبيه تحريم ما أحله؛ فدل على أن التحريم لم يقع؛ فبطل به قول من جعله طلاقا =

وإنما جاز أن يكون العتق كناية فى الطلاق؛ لأن العتق لا يجد نفاذًا فى الزوجية فجعل كناية.

فالجواب: أنه وإن كان صريحًا فى الكفارة فليس فيه قوة تمنعه من الصرف عنها لاختلاف الصحابة:

فذهب أبو بكر وعائشة - رضى الله تعالى عنهما - إلى أنه يمين وكفارته كفارة يمين.

وعمر - رضى الله تعالى عنه - إلى أنه صريح فى طلقة رجعية.

وعثمان إلى أنه ظهار.

وعلى وزيد وأبو هريرة - رضى الله تعالى عنهم - إلى أنه صريح فى الثلاث.

وابن مسعود إلى أنه ليس بيمين وفيه كفارة يمين، وهذا هو الأصح من قولى الشافعى، رضى الله تعالى عنه.

وقوله فى «الحاوى»: «وأنت حرام: يوجب الكفارة» فجعله صريحًا فيها كما ترى إلا إذا نوى طلاقًا ونحوه، وهو ليس بصريح إلا إذا قال: حرام على. قال فى «الروضة» - واللفظ للرافعى-: فرع: قال: أنت حرام، ولم يقل: على - قال البغوى: هو كناية بلا خلاف، وأقره ولم يذكر مخالفًا له.

وقوله: وصح كغيره بإشارة أخرس فإن أفهم الكل فصريح أو الفطن فكناية.

أى: ويقع الطلاق بإشارة الأخرس كما يقع بلفظ الناطق وحكم إشارته فى سائر العقود والفسوخ كحكمها فى الطلاق وتقع صحيحة.

ثم إشارته تنقسم إلى صريح وكناية، فما كان منها يفهمه كل من وقف عليه فهو صريح لا يحتاج إلى نية، وما كان منها لا يفهمه إلا الفطن فهو كناية، وكذا ما لا يفهم إذا أشار به ونواه، طلقت ولم تحل له.

[وقوله فى «الحاوى»: وإشارة الأخرس، والصريح ما يفهم الكل والكناية الفطن، فقوله «الفطن» ليس بشرط، بل لو أشار ونوى الطلاق ولم يفهمها الفطن وقع الطلاق حتى لا تحل له][1].

= وظهارا، وقوله تعالى: ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ﴾ دليل على أنه حرم ما أحل الله؛ ليمين حلف بها؛ فعوتب فى التحريم، وأمر بالكفارة فى اليمين ولم يكن التحريم يمينا؛ لأن اليمين إنما تكون خبرا عن ماض، أو وعدا بمستقبل؛ فلم يجز أن يكون يمينا.

ويدل على ما قلناه ما روى عن عائشة -رضى الله عنها- قالت: «آلَى رَسُولُ الله ﷺ مِنْ نِسَائِهِ شَهْرًا وَحَرَّمَ جَارِيَتَهُ يَوْمًا بِيَمِينِهِ، وَكَفَّرَ عَنْ تَحْرِيمِهِ» ؛ فبطل بهذا أن يكون التحريم يمينا أو يصير موليا، وأخبرت أنه كفر عن تحريم الجارية دون العسل، وبهذا سقط استدلالهم بالآية.

ويدل عليه من القياس: أن كل لفظ عرى عن اسم الله تعالى وصفته لم تنعقد به اليمين؛ قياسا على سائر كنايات الطلاق، والعتاق، وسائر الكلام والله أعلم.

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

وقوله: وبطلاق جزء وعضو وروح وشعر ودم لا فضلة ومبان ولو بعد تعليق.

أى: ويقع الطلاق بإيقاعه على جزء شائع من المرأة كبعض وثلث وربع.

وبإيقاعه أيضًا على جزء معين سواء كان باطنًا كالقلب والكبد أو ظاهرًا كاليد والرجل والإصبع والظفر والشعر لأنه طلاق صدر عن أهله.

فلا ينبغى أن يلغى وتبعيضه متعذر؛ لأن المرأة لا تتبعض فى النكاح حتى يوقع على بعضها ويبقى بعضها فوجب تعميمه.

والصحيح أنه يقع على البعض ثم يسرى، وقيل: بل إيقاعه على البعض إيقاع على الجميع. والصحيح الأول، ألا تراه لو قال: إن دخلت الدار فيدك طالق، ثم قطعت يدها، فدخلت الدار، لا يقع الطلاق.

ولو كان إيقاعه على البعض إيقاعًا على الجميع لكان تعليقه على البعض تعليقًا على الجميع، ولزم أن تطلق وهو المراد بقوله فى الأصل «ولو بعد تعليق».

أما الفضلة كالريق والمخاط والبلغم واللبن والمنى فلا أثر لتطليقها لأنها ليست متصلة خلقة بها، فإن قيل: إن المنى واللبن أصلهما الدم وتطليقه مؤثر، والفرق[1] أنهما مهيآن للخروج بالاستحالة بخلاف الدم فإن به قوام البدن، فهو أشد تمكنًا ولزومًا من اليد والرجل، ولو طلق جزء منها مبانًا لم تطلق لانفصاله ولو كان بتعليق سابق على إبانته وقد سبق ذكره.

تعليق الطلاق

وقوله: ويقع فى أنت طالق فى شهر كذا أو يوم كذا باستهلاله وفجره وآخر شهر وسلخه بآخر جزء وأول آخره أول آخر يوم، وآخر أوله آخر أول يوم، وليلة القدر بطعن فى متمة العشر الأخيرة ولو من قابل.

أى: إذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق فى شهر رمضان مثلاً. نظرت: فإن كان تعليقه فى شهر رمضان طلقت فى الحال.

وإن كان قبله، طلقت فى أول جزء منه، وذلك بغروب شمس ليلة استهلاله[2].

ولو قال: إن مات زيد فأنت طالق، فقبيل موته طلقت، ولو قال: إن قتل زيد فأنت طالق، فمات لم تطلق.

ولو قال: أنت طالق فى نصف النصف الأول، طلقت بطلوع فجر اليوم الثامن؛ لأن

---

(١) فى ط: فالعرف.

(٢) فى ط: هلاله.

الماضى ثمان ليال وسبعة أيام والباقى ثمانية أيام وسبع ليال مذ ذكره.

وإن قال: فى يوم كذا، طلقت بطلوع فجره، حتى لو قال: أردت وسطه، لم يقبل ظاهرًا ودُيِّن.

فإن قال: أنت طالق فى آخر شهر رمضان أو فى سلخه، طلقت فى آخر جزء من الشهر؛ لأنه الآخر المطلق والانسلاخ يحصل به.

وأول آخر الشهر طلوع فجر يوم الأخير منه، وآخر أوله غروب شمس أول يوم منه.

وإذا قال: أنت طالق ليلة القدر، طلقت فى أول جزء منه من الليلة العاشرة من العشر الأخير من رمضان إن كان الشهر تامًّا، وإن كان نقص فبالطعن فى التاسعة لأنه متمة العشرة الأخيرة، فإن علق فى أثناء العشر لم تطلق حتى يتدارك من السنة المقبلة ما فات من العشر.

وقوله فى «الحاوى»: وليلة القدر بمضى ليالى العشر الأخير، فيه أمران:

أحدهما: أنه قال: بمضى ليالى العشر. وهى تطلق بالطعن فى الليلة العاشرة.

الثانى: أن قوله: «طلقت بمضى ليالى العشر» إنما يأتى إذا علق قبل دخول العشر، وأما فى أثنائها فإنها تطلق بعد أن يتدارك من أول العشر من السنة المقبلة ما فات.

وقوله: وبمضى يوم لفق وفى ليل آخر غده، وسنة لحول والسنة بالمحرم.

أى: إذا قال لزوجته: أنت طالق إذا مضى يوم، نظرت:

فإن قال ذلك بالنهار طلقت بحصول يوم ملفق وهو مثل ذلك الوقت من اليوم الثانى.

وإن قال ذلك ليلاً طلقت بغروب شمس غده.

وإن قال: إذا مضت السنة فأنت طالق، طلقت باستهلال المحرم وإن لم يبق منها إلا لحظة، وإن قال فى هذه الصورة: أردت غير العربية، لم يقبل ظاهرًا ودُيِّن.

وإن قال: إذا مضت سنة - بالتنكير - طلقت بمضى حول كامل اثنى عشر شهرًا وكمل المنكسر ثلاثين يومًا.

فإذا علق يوم الخامس عشر من رمضان، فإن تم رمضان ثلاثين طلقت فى الخامس عشر من رمضان المستقبل، وإن نقص يومًا طلقت يوم السادس عشر منه فى ذلك الوقت؛ لأنا نكمل المنكسر ثلاثين.

وقوله: وقبل موت زيد بشهر تبين وقوعه إن عاش أكثر.

أى: وإذا قال لزوجته: أنت طالق قبل موت زيد بشهر، نظرت:

فإن مات زيد قبل مضى شهر من حين علق لم تطلق لأنه اشترط أن يكون بين وقوعه

وبين موت زيد شهر.

وهو فى هذه الحالة لا يكون بين وقوعه وبين موته شهر إلا إذا حسبنا له من قبل التعليق، فحينئذ يكون الطلاق واقعًا قبل وقوع اللفظ الموجب له وهذا لا يجوز.

وإن عاش أكثر من شهر ولو بلحظة تبينا وقوعه من حينئذ، فيحسب الشهر من العدة.

واعلم أن قوله فى «الحاوى»: «ومات بعد أكثر منه» وقوله فى «الإرشاد»: إن عاش أكثر تبين وقوعه - فيه تصريح بأنه يشترط أن يعيش أكثر من شهر، فإذا عاش بعد الشهر لحظة فقد عاش أكثر وحصل التبيين.

وهذه اللحظة لم يشترطها الرافعى ولا النووى، ونقل فى «المهمات» اشتراطها عن «الشامل» والمحاملى فى «المجموع» والبندنيجى فى «تعليقه» وتصويرهم قبل قدوم زيد بشهر، وعن «المهذب» وتصويره قبل موتى ولا فرق.

وقوله: وكل يوم أو سنة فواحدة حالاً، ثم فجر غد، وأول المحرم إن عنى عربية، فإن قال: أردت بينهما يومًا أو سنة، أو الأجنبية فى إحداكما طالق أو رجعية منى فى أنت طالق فى الماضى، حلف لا بائنًا، ومن غير إلا ببينة.

أى: وإذا قال لامرأته: أنت طالق كل يوم طلقة أو كل سنة طلقة، تقرر الطلاق حتى يستكمل الثلاث.

ولو قال: أنت طالق كل يوم، ولم يقل «طلقة» فهل يتكرر الطلاق بتكرر الأيام؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يقع إلا واحدة، والمعنى: أنت طالق أبدًا.

والثانى - وبه قال أبو حنيفة-: أنه يتكرر.

وقال النووى من زيادته: إنه الأصح، فإذا قال نهارًا: أنت طالق كل يوم طلقة، طلقت واحدة فى الحال والأخرى فى أول الغد، والثالثة فى أول اليوم الذى بعده.

وإن قال: كل سنة، طلقت فى الحال واحدة، وفى أول المحرم واحدة لأنه أول السنة الثانية وإن لم يبق منه إلا لحظة.

وهذا إن أراد العربية، وإن أراد الرومية عمل بمقتضى ذلك وإن لم يبق من دخول السنة إلا يوم.

وإن أطلق ولم يرد شيئًا فالأصح أنها لا تطلق الثانية حتى تمضى سنة كاملة من حين وقعت الأولى لأنه يحتمل ذلك.

والأصل بقاء النكاح فيهما، ذكره فى «الروضة».

وإن قال: أردت أن يكون بين كل طلقتين يوم أو سنة، قبل منه ولم تطلق إلا فى مثل ذلك الوقت من اليوم الثانى فى السنة المستقبلة.

هذا إذا امتد زمن الرجعة، أو راجعها قبل انقضاء العدة، أو قلنا بعود الحنث.

وكذا لو قال لزوجته وأجنبية: إحداكما طالق. وقال: أردت الأجنبية، صدق بيمينه لأن اللفظ يحتمله.

وكذا لو قال لامرأته: أنت طالق فى زمن الماضى، وقال: أردت أنى كنت طلقتها طلقة رجعية، وهى الآن فى العدة - صدق بيمينه. كما إذا قال: وهى الآن بائن.

وإن قال: وقع عليها طلاق منى فى غير هذا النكاح، بانت به ثم جددت نكاحها، أو وقع عليها طلاق من غيرى ثم تزوجتها من بعده، لم يقبل منه ذلك إلا ببينة.

فإذا أقام بينة أنه سبق نكاح وطلاق عليها منه أو من غيره، صدق أنه أراد ذلك بيمينه. ووقع فى «الروضة»: أنه إذا لم يعرف نكاح سابق وطلاق وكان محتملاً قبل تفسيره به، وإن لم يقم ببينة، لم يقع الطلاق. انتهى. قال الإسنوى: هذا بحث للإمام وقال به جماعة. لكن فى «الشرح الصغير» أنه لا يقبل منه ذلك إلا ببينة. ونقله فى «النهاية» عن الأصحاب وبه جزم فى «المحرر» و «المنهاج» وبه الفتوى.

[وقوله فى الحاوى: «ثلاثا كل سنة واحدة» إلى قوله: «قبل»، فيه أمور:

أحدها: أن قوله: «ثلاثا» لا حاجة إليه قطعا مع قوله: «واحدة» وكذا لو حذفها على الأصح فقال: أنت طالق كل يوم كما سبق بيانه.

الثانى والثالث: قوله: «قبل» فيما إذا ادعى أنه طلقها فى هذا النكاح طلاقًا رجعيًا، وقوله: «تقبل بينته» إذا أنه طلقها هو أو غيره بائنا فى نكاح قبل هذا، وهو فى المسألتين لا يقبل قوله إلا بيمين.

فإذا أقام بينة أنه وقع عليها منه أو من غيره طلاق بائن فى نكاح سابق فلها تحليفه إنه أراد ذلك، فإن صدقته قبل من غير يمين كما فى سائر الدعاوى.

فلو قال بدل قوله: «قبل»: حلف، لانتظم فيهما][1].

وقوله: وأنت طالق إن أو كلما طلقتك، فطلق رجعيًا فثنتان وإلا فواحدة.

أى: إذا قال لزوجته: إن طلقتك فأنت طالق، أو أنت طالق إن طلقتك أو كلما طلقتك، نظرت:

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

فإن كان مدخولاً بها فطلقها طلقة رجعية وقعت ووقعت المعلقة عليها لأن الرجعية محل للطلاق.

وإن لم تكن مدخولاً بها أو خالعها لم تقع إلا المنجزة دون المعلقة وليس ذلك من جهة القول بترتيب المعلول على العلة؛ فإن الصحيح المختار وقوعهما معًا، ولكن امتنع لما فيه من التنافى؛ فإن البينونة بحصول الشرط تنافى وقوع الطلاق المعلق به، بخلاف ما لو قال لغير المدخول بها: أنت طالق طلقتين؛ لأنه تمييز لإحداهما على الأخرى.

وقوله: وإن لم أطلق فقبيل موت أو جنون مات فيه، أو فسخ والمعلق رجعى ومات إن جدد لا إن طلق وبائنة لغو.

أى: إذا علق طلاق امرأته بنفى التطليق بكلمة «إن» فقال:

إن لم أطلقك فأنت طالق، لم تطلق إلا إذا أيس من تطليقه إياها ويحصل ذلك بأشياء منها: أن يموت هو أو تموت هى فتطلق قبيل الموت.

ومنها أن يجن هو ويستمر حتى يموت مجنونًا، فقد حصل اليأس فى هذه الصورة من طلاقه من وقت الجنون فيتبين وقوع طلاقه قبيل الجنون.

وأما إذا أفاق منه فلا يأس؛ لأن تطليقه ممكن، وإنما يؤثر جنون اتصل بالموت.

ومنها أن ينفسخ النكاح فإذا انفسخ إما بردة أحدهما أو بعيب والطلاق رجعى، أعنى الطلاق المعلق فإن اليأس من الطلاق لا يحصل به؛ لاحتمال أن يجدد نكاحها ويطلقها فتنحل الصفة.

فإن لم يجدد نكاحها أو جدده ولم يطلقها حتى مات أحدهما تبين وقوع الطلاق المعلق قبيل الفسخ.

أما إذا لم يجدد نكاحها فظاهر. وأما إذا جدده فحصل موت قبل الطلاق فإنه لا يمكن أن نقول: يقع الطلاق قبيل الموت؛ لأن محل الطلاق قد زال ولا يعود الحنث بعود النكاح على الصحيح. وإن جدد وطلق فقد انحلت الصفة فلا طلاق يبقى قبيل اليأس منه.

فإن قيل إذا قلتم: إن العائد كالذى لم يعد فلِمَ لَمْ يلغ طلاقه إذا جدد نكاحها؟ بل قلتم: إذا طلقها فيه انحلت اليمين كما لو طلقها فى النكاح الأول ولا يتبين طلاقها قبل الفسخ.

قلنا: عقد اليمين ينحل بفعل المحلوف عليه سواء وجد فى النكاح الأول أو فى المأتى به[1] أو فى النكاح الثانى، وانحلال الصفة غير بقاء حكم الصفة.

---

(١) فى ط: أو فى البينونة.

فإن قيل: لم شرطتم أن يكون المعلق رجعيًّا؟ قلنا: إنه إذا كان بائنا لم يكن تقديره قبيل الفسخ؛ لأنه لو وقع قبله لامتنع الفسخ، وإذا امتنع لزم ألا يقع الطلاق فتدور المسألة، وما أدى ثبوته إلى إبطاله بطل بخلاف الرجعية، فإن الفسخ يقع عليها كما يقع عليها الطلاق فيلغو حينئذ المعلق البائن.

وإذا علق الطلاق بنفى الضرب فلم يضربها حتى مات، وقع قبيل الموت، سواء كان عاقلاً أو جن جنونًا اتصل بالموت؛ لأن الضرب من المجنون تنحل به الصفة بخلاف الطلاق.

ولو قال: إن لم أضربك فأنت طالق، ثم فسخ نكاحها ودامت البينونة إلى موت، لم نحكم بوقوع الطلاق معلقًا قبيل الفسخ؛ لأن ضربها فى حالة البينونة ممكن، وتنحل به الصفة، بخلاف الطلاق فإنه غير ممكن فى حالة البينونة.

لكنه لو لم يضربها فى البينونة أو غيرها حتى مات تبين الطالق قبل الفسخ، كما استدركه فى «المهمات» على الرافعى.

وقوله: وإذا لم أطلق فبلحظة كبعد حينٍ وزمن حُقْبٍ وعصر.

أى: إذا قال لامرأته: أنت طالق إذا لم أطلقك، وإذا لم أطلقك فأنت طالق - طلقت بمضى لحظة.

والفرق بين «إن» و «إذا»، أن «إن» تدل على الشرط مجردًا عن[1] الزمان و «إذا» ظرف زمان، فمعناها: إذا مضى زمن ولم أطلقك فأنت طالق، فيقع الطلاق بعد لحظة، كما إذا قال: متى لم أطلقك أو مهما أو أى حين أو أى وقت أو كلما لم أطلقك فأنت طالق. وأما التعليق بـ «إن» فمعناه إن فاتنى طلاقك فأنت طالق، وإذا قال: أنت طالق بعد حين أو زمن أو حقب أو عصر، قال الأصحاب: يقع ذلك على القليل من الزمان، والكثير، فإذا مضت لحظة وقع الطلاق إلا أن الإمام والغزالى استشكلا ذلك فى حقب وعصر؛ فلذلك استثناهما فى «الحاوى»، وخالفوا الأصحاب واستبعد أيضًا الرافعى كلام الأصحاب.

وقوله: وإن كلمت إن دخلت الدار فبهما إن عكست، وإن كنت حاملاً بذكر طلقة وبأنثى طلقتين فولدتهما فثلاث، ككلما وقع طلاقى فطلق، وذكران كذكر وبصيغة إن كان حملك لغو وبإن ولدت فثلاث. وإن ولدتهما معًا لا بالثانى إن ترتبًا ولم يبق حمل كمع

---

(١) فى ط: من.

انقضاء العدة.

أى: إذا قال لزوجته: إن كلمت زيدًا، إن دخلت الدار فأنت طالق. اشترط لوقوع الطلاق أن تدخل الدار أولًا ثم تكلمه؛ لأنه جعل الدخول شرطًا لكون الطلاق معلقًا بالكلام فهو تعليق التعليق ويسمى اعتراض الشرط على الشرط. ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَا يَنفَعُكُمْ نُصْحِىٓ إِنْ أَرَدتُّ أَنْ أَنصَحَ لَكُمْ إِن كَانَ ٱللَّهُ يُرِيدُ أَن يُغْوِيَكُمْ﴾ [هود: ٣٤] لأن المعنى إن كان الله يريد أن يغويكم فلا ينفعكم نصحى، إن أردت أن أنصح لكم.

وإذا قال لامرأته: إن كنت حاملاً بذكر فأنت طالق طلقة، وإن كنت حاملاً بأنثى فأنت طالق طلقتين. فولدت ذكرًا وأنثى سواء ولدتهما معًا أو مرتبًا طلقت ثلاثًا لحصول الصفتين. وتنقضى العدة بالولادة لوقوع الطلاق من وقت اللفظ.

ولو قال لامرأته: كلما وقع عليك طلاقى فأنت طالق: ثم طلقها واحدة تطلق أيضًا ثلاثًا؛ لأن كلما تقتضى التكرار فيقع بوقوع الطلقة المنجزة طلقة ثانية وبوقوع الثانية طلقة ثالثة بخلاف كلما طلقتك، فإنه لا تقع الثالثة كما سبق، وإن كان التعليق بصيغة إن كان حملك ذكرًا فأنت طالق طلقة وإن كان حملك أنثى فأنت طالق طلقتين، فولدتهما لم يقع الطلاق، لأنه شرط لوقوع الطلقة انحصار الحمل فى الذكر ولوقوع الطلقتين انحصاره فى الأنثى ولم ينحصر فى واحد منهما فلغا.

وكذلك قوله: إن كان ما فى بطنك - وإن كان بصيغة: إن ولدت ذكرًا فأنت طالق طلقة أو أنثى فطلقتين، نظرت.

فإن ولدت أحدهما وقع بمقتضاه وإن ولدتهما معًا وقعت الثلاث لوجود الصفتين.

وإن ترتبا طلقت بالأول ودخلت به فى العدة وانقضت فى الثانى، ولم تطلق به لمصادفة حالة البينونة؛ لأن الطلاق يستحيل مع البينونة.

ألا تراه إذا قال لغير المدخول بها: إذا طلقتك فأنت طالق لم تقع الأخرى لمصادفتها البينونة.

فلو ولدت بعدهما ولدًا حصلت الثالثة بالثانى؛ لعدم مصادفة البينونة وانقضت العدة بالثالث.

والذكران فصاعدًا كالذكر ولا عكس، والأنثيان كذلك فى جميع ما تقدم.

وهكذا إذا قال: كلما ولدت ولدًا فأنت طالق: فولدت ولدين معًا طلقت طلقتين مرتبتين، طلقت واحدة بالأول وانقضت عدتها بالثانى.

وإن ترتبوا ثلاثة طلقت بالأولين طلقتين أو أربعة طلقت ثلاثًا وانقضت عدتها بالرابع.

وكذلك إذا قال لامرأته الرجعية: أنت طالق مع انقضاء عدتك لم يقع عليها طلاق للبينونة.

وقوله: وولدًا طلقة وذكرًا ثنتين فثلاث. بذكر وبخنثى واحدة.

أى: إذا قال: إن ولدت ولدًا فأنت طالق طلقة، وإن ولدت ذكرًا فأنت طالق طلقتين فولدت ذكرًا؛ طلقت ثلاثًا، لأن الذكر ولد فيقع بكونه ولدًا طلقة ويقع بكونه ذكرًا طلقتين.

وإن ولدت خنثى، طلقت طلقة لكونه ولدًا فإن بان أنثى لم تطلق وإن بان ذكر فالثلاث من يومئذ.

وقوله: وطلقت مجيبة عن غير طلقت غلطًا ورجعية فى طلقت زوجاتى.

أى: إذا كان له امرأتان حفصة وعمرة، فنادى يا عمرة. فأجبته حفصة فقال: أنت طالق: طلقت؛ لأنه خاطبها ولم يؤثر ظنه غيرها كما لو طلق امرأته وهو يظنها غيرها.

فإن قال: ظنتها عمرة: لم تطلق عمرة، وإن قال: علمت أن المجيبة حفصة ولكنى قصدت طلاق عمرة طلقت عمرة ظاهرًا وباطنًا وحفصة باطنًا ودين.

وإذا قال الرجل: طلقت نسائى أو زوجاتى طوالق، وفيهن رجعية، طلقت أيضًا؛ لأنها فى حكم الزوجات.

وقوله: وأنت واحدة أو طالق واحدة ونوى ثلاثًا وقعن.

أى: إذا قال لامرأته: أنت طالق واحدة بالنصب أو بالرفع، أو أنت واحدة ونوى طلقتين أو ثلاثًا؛ وقع ما نوى على الأصح.

وإذا قال: أنت ونوى العدد؛ وقع قطعًا سواء كان مدخولًا بها أم لا.

وقوله فى «الحاوى» لا إن قال: أنت واحدة، لا إن نوى بواحدها بالثلاث: يعنى أنه إذا قال: أنت طالق واحدة بالنصب ونوى عددًا لا يقع إلا إذا نوى بواحدها من الزوجة بالثلاث، وهذا وجه اختاره الغزالى.

المذهب: وقع ما نوى مطلقًا كما فى «الروضة» وإن خالف «المنهاج».

وقوله: وبأمس وغده وأمس غد، والآن مؤثرًا فى الأمس وإن كنت كذا للمكافأة، وإن دخلت الدار أو إن لم تدخلى أو إذ لعارف ولرضا زيد وحسنة قبيحة ولسنة وبدعة، وأحدهما لنحو طفلة حالًا ولغيرها وقته.

أى: إذا قال لامرأته: أنت طالق أمس، وأراد أن يقع طلاقه اليوم عليها أمس - فالصحيح أنه يقع عليها حالًا، وقيل: لا يقع كما لو قال: إن صعدت السماء، وهو ضعيف.

والفرق أنه نجز الطلاق عليها ثم أراد رفعه بالإضافة إلى أمس فلم يرتفع كما لو قال: أنت طالق طلاقًا لا يقع عليك.

وفى مسألة الصعود لم ينجز الطلاق بل علقه بصفة[1] ولم توجد.

وكذلك يقع عليها إن أطلق ولم يرد شيئًا.

وأما إن قال: أردت أنى كنت طلقتها أمس، فقد سبق ذكره فى الباب.

وإن قال: أنت طالق غد، أمس أو أمس غد، فهو اليوم؛ فتطلق فى الحال هذا إذا أضاف إلى أمس وغد.

فإن لم يضف فقال: أنت طالق غدًا أمس أو عكسه، طلقت فيهما بطلوع فجر غد، ويلغو المحال وهو أمس.

وإن قال: أنت طالق الآن طلاقًا يكون مؤثرًا فى أمس، طلقت فى الحال ولغا قوله: مؤثرًا فى أمس.

ولو قالت لزوجها: يا خسيس، فقال: إن كنت كذلك فأنت طالق، وأراد مكافأتها على ذلك بالطلاق - طلقت فى الحال.

وإن أراد التعليق وكان خسيسًا وهو صفة من باع دينه بدنياه، طلقت وإلا فلا.

وكذلك إذا قال: أنت طالق أن دخلت الدار أو أن لم تدخلى، بفتح الهمزة فيهما، أو إذ دخلت الدار أو إذا لم تدخلى الدار وقع الطلاق فى الحال؛ لأنها للتعليل لا للتعليق.

والمعنى: أنت طالق لدخولك الدار أو لعدم دخولك الدار، قال أكثر الأصحاب وذلك فى حق من يعرف اللغة، وأما من لا يميز بين «أن» و «إن» و «إذ» و«إذا» فالظاهر أنه يقصد التعليق.

وقيل: يحكم بوقوع الطلاق، فإن قال: قصدت التعليق، وكان ممن لا يميز، قبل منه، قال النووى قلت: الأول الأصح.

وإن قال: أنت طالق لرضا زيد، طلقت فى الحال لأن اللام هاهنا للتعليل.

وكذلك إذا قال: أنت طالق طلقة حسنة قبيحة أو للسنة والبدعة، فإنها تطلق فى الحال لتناقض الوصفين وتضادهما.

وكذلك لو قال لمن لا سنة لها ولا بدعة كالصغيرة وغير المدخول بها: أنت طالق للسنة أو طالق للبدعة، طلقت فى الحال لأنه كالذى أراد أن يرفع ما أوقع من الطلاق بهذا

---

(١) فى ط: بصيغة.

الوصف المحال.

فإن كانت ممن لها طلاق سنة وطلاق بدعة فعلق طلاقها بأحدهما، طلقت فيه[١].

فإن قال لها وهى فى حيض: أنت طالق للبدعة، أو فى طهر لم يطأها فيه: أنت طالق للسنة - طلقت فى الحال.

وإن قال للحائض: أنت طالق للسنة، ولمن لم يطأها فى الطهر: أنت طالق للبدعة - لم تطلق الحائض حتى تطهر، ولا الطاهر حتى تطعن فى الحيض، وعد فى «الحاوى» مما تطلق به فى الحال قوله: إن أحييت ميتا فأنت طالق.

والأصح كما هو فى «العزيز» و«الروضة»: أنها لا تطلق.

قال فى النهاية: لأن المعلل[٢] بالمحال أراد عدم الوقوع كقوله تعالى: ﴿وَلَا يَدْخُلُونَ ٱلْجَنَّةَ حَتَّىٰ يَلِجَ ٱلْجَمَلُ فِى سَمِّ ٱلْخِيَاطِ﴾ [الأعراف: ٤٠].

والذى ذهب إليه فى «الحاوى» الوجه المفرق بين ما يستحيل عرفًا وبين ما يستحيل عقلاً.

فيقول: الصعود إلى السماء والطيران مستحيل عرفًا فلا يقع به الطلاق قبل وجود الصفة.

وإحياء الموتى والجمع بين السواد والبياض مستحيل عقلاً فيقع به الطلاق فى الحال.

وقال القونوى: إن أراد بإحياء الموتى كإحياء عيسى بن مريم بقدرة الله تعالى فهو ملحق بالصعود إلى السماء.

قلت: فإذن الفرق مشكل؛ لأن العجز عن صعود السماء والطيران وإحياء الموتى بغير إذن الله تعالى معلوم عقلا فى الجميع واتفاقه لأحد بقدرة الله تعالى وإرادته ممكن فى الجميع، فما وجه التفرقة؟!

وقوله: وأن طلقتك، ثنتان وبمحال لغا كإن طرت أو أحييت وبإن كنت حاملاً وخفى، كره وطء. وتبين بولادة دون أكثر الحمل ومع وطء دون أقله منه.

أى: وإن قال: أنت طالق أن طلقتك بفتح همزة «أن»، طلقت طلقتين: واحدة بإيقاعه، والأخرى بإقراره؛ لأن المعنى: أنت طالق لأنى طلقتك، وهذا بشرط أن يعرف اللغة كما مر.

وإن علق بمحال كأنت طالق إن أحييت ميتًا أو صعدت السماء أو طرت فى الهواء لم

---

(١) فى ط: وقته.

(٢) فى ط: المعلق.

يقع شىء لما بيناه أن المعلّق أراد الامتناع من الطلاق.

ويؤخذ من هذا أنه لو قال: أنت طالق إن لم تحى ميتًا، أو إن لم تصعدى إلى السماء: أن الطلاق يقع عليها فى الحال.

لأن المعلق أراد إيقاعه فورًا لعلمه أن ذلك لا يمكن منها ولا تقبل دعوى عدم الإرادة.

وإن قال: أنت طالق إن كنت حاملاً وكان الحمل منها ظاهرًا، طلقت فى الحال.

وإن خفى أمره فينبغى أن يفرق بينهما حتى يستبرئها وألا يطأها.

والأصح أن التفريق لا يجب وأن الوطء لا يحرم، ثم لا نحكم بوقوع الطلاق ولا بكونها حاملاً مع الشك بالتبيُّن.

فإن لم يطأها وأتت بولد لأربع سنين فما دونها تبين وقوع الطلاق من يومئذ لأنها كانت عند التعليق حاملاً.

وإن كان يطؤها فأتت به لستة أشهر فما فوقها من يوم الوطء لم تطلق لاحتمال أن الحمل من الوطء، أو أنها كانت حاملاً والطلاق لا يقع بالشك.

[وقوله فى الحاوى: «وإن كنت حاملاً بالتبين إن ولدت» إلى قوله: «ولا يحرم الوطء»، فيه أمران:

أحدهما: قوله: «وإن كنت حاملاً بالتبين»، يقتضى أنه لا يتبين حمل وطلاق إلا بذلك، والرجوع إلى التبين بذلك إنما يكون إذا خفى الحمل. أما إذا ظهر فيحكم بوقوع الطلاق من حينئذ.

الثانى: قوله: «ولا يحرم الوطء»، كان الأولى أن يقول: يكره؛ لأنه وإن لم يحرم على الأصح، فهو مكروه حتى يستبرئها][1].

وقوله: وإن كنت حائلاً وخفى حرم وطء وتبين ظاهرًا بحيضة ولو سابقة، فإن ولدت فبعكس الأولى.

أى: إذا قال لامرأته[2]: إن كنت حائلاً فأنت طالق، نظرت: فإن علم أنها حائل بأن كانت صغيرة لا يحتمل أن تحبل وكذا الآيسة على الأصح، [طلقت فى الحال، وإن لم يعلم حرم وطؤها على الأصح][3].

فإن حاضت حيضة حكم بطلاقها فى الظاهر فى يوم علق، وكذا إن كان استبرأها بحيضة قبل التعليق ولم يطأها يحكم بطلاقها من حين علق على الأصح.

فإن ظهر حمل بعد ذلك ووضعت فحكمه عكس ما سبق فى التعليق بالحمل.

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) فى ط: لزوجته.

(٣) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

وإن لم يكن يطؤها وأتت بولد لأربع سنين فما دونها تبين أن لا طلاق لأنها كانت عند التعليق حاملاً.

وإن كان يطؤها فأتت به[١] لستة أشهر فما دونها[٢] من الوطء تبين الطلاق لأنا حكمنا بأن الحمل من الوطء وأنها كانت حائلاً.

[وقوله فى «الحاوى»: وإن كنت حائلاً إن مضت الأقراء، فيه أمران:

أحدهما: أنه لم يتعرض لحكم الصغيرة والآيسة، وقد بينا أنهما تطلقان، ويؤخذ حكمهما من «الإرشاد» من قوله: «وخفى».

الثانى قوله: إن مضت الأقراء، هذا وجه حكاه فى «الروضة»، فقال - اللفظ للرافعى: والمذهب الأول يعنى أنها تستبرأ بحيضة][٣].

وقوله: وإن حضت فبطعن بحادث وحيضة فبتمامه، وإلا أن يقدم زيد فعلم موته قبله فقبيله.

أى: إذا قال لامرأته: إن حضت فأنت طالق، طلقت فى حال الدخول فى حيضة كانت طاهرًا قبلها، فإن علق وهى حائض لم تطلق حتى تطهر وتحيض ويقع بمجرد رؤية الدم، كما نأمرها بالتزام أحكام الحيض بذلك.

فإن انقطع ولم يتم حيضها تبين أن لا طلاق، وإن قال: إن حضت حيضة، لم تطلق بأول الحيضة، بل حتى يتم وينتهى.

وإن كانت حائضًا فحتى تطهر ثم تحيض حيضة كاملة أخرى.

قال الرافعى: ثم قوله «إن حضت» أو «إذا حضت» يقتضى التعليق بالحيضة المستأنفة حتى لو كانت حائضًا فى الحال لا يقع الطلاق.

إلا أنه سيأتى فى الأيمان أن استدامة اللبس والركوب كابتدائه فليكن الحكم كذلك فى الطلاق. قلت: وذلك أن تقول بالعرف[٤] لأن الحنث هناك تعلق باستدامته ركوبًا ولبسًا باختياره فجعل اختياره لاستدامة اللبس كإحداثه مؤاخذة له.

والطلاق معلق[٥] بحيض حادث لا بسبب استدامته إلى اختيارها فتؤاخذ به وتعد كأنها

---

(١) فى ط: منه.
(٢) فى ط: فوقها.
(٣) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٤) فى ط: بالفرق.
(٥) فى ط: متعلق.

أحدثته.

وإن قال لها: أنت طالق إلا أن يقدم زيد، يعنى فإنك لا تطلقين؛ فلا نوقع عليها طلاقًا لاحتمال قدومه، فإن مات غائبًا طلقت قبيل موته لأنه وقت اليأس من قدومه.

هذا إذا علمنا أنه مات قبل القدوم، وأما إذا شككنا هل قدم قبل الموت؟ فإنها لا تطلق على الأصح عند النووى والأوجه[1] والأقوى عند الرافعى.

وهو الذى اختاره الإمام، قال البارزى: واعلم أنهم ذكروا فى الأيمان أنه إذا قال: والله لأدخلن الدار غدًا إلا أن يشاء زيد، ومات وشك فى مشيئته، قولين واختار الرافعى الحنث وتبعه فى «الحاوى» كما سيأتى فى باب الأيمان قال: ولا فرق؛ فيكون قد تناقض الاختياران.

قلت: ولك أن تقول فى الفرق بينهما: إنه ليس فى الأيمان إلا مجرد الحنث وهو قد حلف وشك فى المسقط للحنث والأصل عدمه.

وأما فى مسألة الطلاق فقد ترتب على الحنث حل عقد النكاح والأصل بقاؤه فبهذا ترجح جانب عدم الحنث فى الطلاق.

وقوله: وثبت بحلفها فى حقها حيض وبغض لا زنى ووضع وفعل.

أى: إذا علق طلاق امرأته بحيضها فقالت امرأته: حضت، ثبت ذلك بيمينها لأنها أعرف بحيضها، ولأن البينة تتعذر إقامتها عليه لأن رؤية الدم لا تدل على أنه حيض لاحتمال الاستحاضة ولا يثبت ذلك إلا لها[2] خاصة.

أما فى حق غيرها فلا.

فلو قال: إن حضت فضرتك طالق: فقالت: حضت، وكذبها الزوج - فالقول قوله لأن قولها بغير يمين لا يقبل، وليس لها أن تحلف لتثبت طلاق غيرها.

وكذا إذا قال: إن أضمرت لى بغضًا أو حسدًا أو حبًّا لغيرى فأنت طالق فقالت: أضمرته وحلفت طلقت.

ويطرد ذلك فى كل ما لا يطلع عليه من الرضا والسخط والغيرة.

وأما إذا علق طلاقها بزناها فقالت: زنيت، أو بولادة فقالت: ولدت، أو بفعل كدخول الدار فقالت: دخلت، فأنكر ذلك - فالقول قوله لأن ذلك مما لا يطلع عليه ويسهل إقامة البينة عليه.

---

(١) فى ط: وهو الوجه.

(٢) فى ط: بها.

وقوله: وإن حضتن فصدقهن إلا واحدة طلقت دونهن.

أى: إذا قال لامرأتيه: إن حضتما فأنتما طَّالقتان فقد علق طلاق كل واحدة منهما بحيضها وحيض صاحبتها أو كن نسوة فقال: إن حضتن فأنتن طوالق، فإذا حاضتا أو حضن جميعًا طلقن وإن بقيت منهن واحدة لم تطلق واحدة منهن.

فإذا قالت المرأتان أو النسوة: حضنا، فصدقهن إلا واحدة، طلقت المكذبة وحدها بيمينها دون الباقيات؛ لأن حيضهن قد ثبت بتصديقه لهن فى حقهن وحقها وحيضها ثبت بحلفها فى حقها فقط، فتطلق ولا يطلقن لأن حيضها لم يثبت بالنسبة إليهن وطلاقهن موقوف على ثبوت حيض الجميع.

وقوله: وبمكلفة إن شئت فـ «بشئت» فورًا منجزًا وإن كرهت كإيلاء وتدبير وعتق، وواحدة إن شئت فشاءت أكثر فواحدة.

أى: إذا قال لزوجته وهى مكلفة: أنت طالق إن شئت، فقالت: شئت، طلقت بشرط أن يكون ذلك فورًا فى مجلس وهو ما يحصل به الارتباط بين الإيجاب والقبول.

ويشترط أن يكون قولها: شئت، منجزًا لا معلقًا، فلو قالت: شئت إن شئت أو إن شاء الله تعالى، لم تطلق.

وتطلق بقولها: شئت، وإن كانت كارهة بقلبها، وقيل: لا تطلق بذلك باطنًا، والصحيح خلافه، وهكذا الحكم فى الإيلاء والتدبير والعتق.

وإذا قال لامرأته: والله لا أجامعك إن شئت، وقصد تعليق الإيلاء بمشيئتها يعنى إذا شئت إيلائى منك، فوالله لا أجامعك أبدًا فإذا قالت: شئت - صار مُوليًا.

وأما إذا قصد تعليق الجماع فقال: والله لا أجامعك إن شئت يعنى: لا أجامعك إلا إذا رضيت، فليس هذا بإيلاء لأنها متى رضيت جاز له أن يجامعها، وكذلك إذا علق التدبير والعتق بمشيئتها فقال: أنت حرة بعد موتى إن شئت أو أنت حرة إن شئت، اشترط فى الجميع الفورية والتنجيز.

ولو قال ذلك لمراهقة فقالت: شئت، لم تطلق على الأصح.

وإذا قال ذلك لامرأته: أنت طالق واحدة إن شئت: فقالت: شئت ثلاثًا أو ثنتين: وقعت واحدة لأن مشيئة الواحدة داخلة فى مشيئة الأكثر.

وقوله: وأنت طالق ثلاثًا إلا نصفًا وقعن وإن ماتت بعد طالق وواحدة بل ثنتين ثلاث ونصف طلقتين ونصفى طلقة وثلث وربع وسدس طلقة وإن كرر الطلقة لا بعطف.

أى: وإذا قال لامرأته: أنت طالق ثلاثًا إلا نصف طلقة، وقعت الثلاث لأنه أبقى نصف طلقة فكملت ثم تقع[(١)] الثلاث فيما إذا قال لامرأته: أنت طالق ثلاثًا.

وإن ماتت المرأة قبل التلفظ بقوله: ثلاثًا؛ لأن تفسيره بالثلاث بين أنه كان قاصدًا إيقاع الثلاث، والثلاث تقع بالنية مع قوله: أنت طالق.

فإن قال: ما سبقت لى نية، فواحدة، وإذا قال للمدخول بها: أنت طالق واحدة بل ثنتين، وقع الثلاث بخلاف الإقرار وقد سبق بيانه [فى الإقرار][(٢)].

وإن قال: أنت طالق نصف طلقتين وقعت طلقة بخلاف الإقرار إذا قال: له نصف هذين العبدين، استحق نصف كل واحد منهما، والفرق أنهما شخصان، فإضافة النصف إليهما تقتضى الإشاعة، والطلقتان تضاهيان العدد، ونصف الاثنين واحد فقط، وإذا قال: أنت طالق ثلث وربع وسدس طلقة، وقعت طلقة لأن الجميع أجزاء طلقة واحدة ومجموع ذلك ثلاثة أرباع طلقة ولكن الطلاق لا يتبعض، فكملت طلقة، والأصح أنه بطريق السراية.

وقيل: يلغى ذلك، ويقع بقوله: أنت طالق.

ولو كرر طلقة فإن حذف حرف العطف وقال: أنت طالق ثلث طلقة ربع طلقة سدس طلقة، فكذلك تقع طلقة لأن الجميع بمنزلة كلمة واحدة.

وإن أثبت حرف العطف معها تعدد وطلقت ثلاثًا لاقتضائه التغاير، وقوله فى «الحاوى»: وثلث وربع وسدس طلقة، وإن كرر الطلقة بلا عطف، صوابه: وإن كرر الطلقة لا بعطف؛ لأن قوله: وإن كرر بلا عطف، يوهم أن الحكم كذلك إذا كرر بالعطف وأنه يقع به طلقة من طريق الأولى.

الاستثناء فى الطلاق

وقوله: وثلاثًا إلا ثلاثًا إلا واحدة، وأنت طالق ثلاثًا، يا طالق إن شاء الله، ولثلاث أوقعت بينكن طلقة أو ثلاثًا فطلقة كرابعة أشركها ناويا ولو فى معلق وظهار وإيلاء لا بالله.

أى: وإذا قال لامرأته: أنت طالق ثلاثًا إلا ثلاثًا إلا واحدة، فإنها تطلق[(٣)] واحدة؛ لأنه بالاستثناء من الاستثناء المستغرق خرج عن كونه مستغرقًا، وصار كأنه قال: أنت طالق ثلاثًا إلا ثنتين فبقى الواقع عليها طلقة.

---

(١) فى ط: فتقع.
(٢) فى ط: هناك.
(٣) فى ط: طلقت.

وكذلك إذا قال: أنت طالق ثلاثًا يا طالق إن شاء الله تعالى، تقع طلقة بقوله: يا طالق، والاستثناء راجع إلى الثلاث، هذا هو الأصح فى المسألة.

وفى المسألة ثلاثة أوجه: أحدها: ما ذكرناه، والثانى: يقع الثلاث، والثالث: لا يقع شىء.

وأما إذا قدم النداء فقال: يا طالق أنت طالق ثلاثًا إن شاء الله فالواقع طلقة بلا خلاف.

وكذلك إذا كان له أربع نسوة فقال لثلاث: أوقعت بينكن أو عليكن طلقة أو طلقتين أو ثلاثًا: طلقت كل واحدة طلقة.

وإذا قال: أشركت الرابعة معكن ونوى طلاقها، طلقت طلقة أيضًا، هذا إذا قصد ذلك أو أطلق.

وإن أراد أن كل واحدة يقع عليها جزء من كل طلقة من الثلاث وأن الرابعة شريكة لكل واحدة فى طلقتها، طلقن ثلاثًا ثلاثًا.

وإن قال: أردت طلاق بعضهن دون بعض، لم يقبل ظاهرًا، ودُيِّنَ.

أو قال: خصصت واحدة بثنتين وقسمت الثالثة على الأخيرتين[1]، قبل منه لأنه غلظ على نفسه.

ويصح الإشراك فى الطلاق والظهار المنجز منهما والمعلق.

فلو قال لواحدة من نسائه: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم قال للأخرى: أشركتك معها، صح، سواء أراد أنها تطلق بدخول صاحبتها أو أنها شريكتها فى التعليق، فلا تطلق إلا بدخول نفسها، وفى الثانية خلاف، والمذهب الصحة.

وكذلك إذا ظاهر من إحدى امرأتيه، ثم قال للأخرى: أشركتك معها، ونوى به الظهار منها أيضًا، صار مظاهرًا لأنه يقع بالكناية مع النية.

ولو قال لامرأته: والله لا أجامعك، ثم قال للأخرى: أشركتك معها، لم يصر مُوليًا منها لأن اليمين بالله لا ينعقد إلا باسم معظم؛ فلا يجوز أن يكنى عنه بغيره. وقد بينا أن «أشركتك» كناية، إن نوى مشاركتها فى الطلاق صار مطلقًا أو فى الظهار صار مظاهرًا، والإيلاء هو الحلف فلا يصير حالفًا بالله بقوله: أشركتك معها.

نعم إن آلى منها بطلاق أو إعتاق أو صدقة أو صلاة ونحوه، أمكن ذلك. فإذا قال لامرأته: إن وطئتك فأنت طالق، ثم قال لضرتها: أشركتك معها، ونوى تعليق طلاقها

---

(١) فى ط: الأخريين.

بوطء نفسها صار موليًا من الثانية.

وكذلك إذا قال لها: إن وطئتك فعبدى حر، أو فلله[1] على صوم أو صلاة أو صدقة ونحوه، ثم قال للأخرى: أشركتك معها، ونوى ذلك، وقع.

وقوله فى «الحاوى»: ويا طالق أنت طالق ثلاثًا إن شاء الله، لا إن أخر النداء، مقتضاه أنه إذا قدمه طلقت طلقة، وإذا أخره لم يقع شىء. وهذا وجه من ثلاثة أوجه. وقيل: تطلق ثلاثًا. والأصح أنه يقع طلقة كما لو قدم النداء.

قال الرافعى: وهو ما قطع به المتولى، ويشبه أن يكون هو الأظهر، ويؤيده أن البغوى وغيره ذكروا أنه لو قال: أنت طالق ثلاثًا يا زانية إن شاء الله، رجع الاستثناء إلى الطلاق.

قال النووى: قلت: هذا الذى رجحه - يعنى الرافعى - هو الأصح، وقطع به جماعة غير المتولى.

وقوله: وبزيادة إلى ضعفهن وخمسًا إلا ثلاثًا وثلاثة أنصاف ثنتان.

أى: إذا أوقع على نسائه طلاقًا أكثر من عددهن بأن كن أربعًا فأوقع[2] عليهن خمسًا أو ستًا أو سبعًا أو ثمانيًا طلقت كل واحدة طلقتين، فإن زاد على ضعفهن ولو طلقة طلقن ثلاثًا ثلاثا.

ولو قال لامرأته: أنت طالق خمسًا إلا ثلاثًا، وقع طلقتان. وانصرف الاستثناء إلى العدد المذكور لا إلى العدد الشرعى؛ لأنه أمر لفظى فيتبع موجب اللفظ.

فلو انصرف الاستثناء إلى العدد المملوك شرعًا لكان استثناء مستغرقًا، ولطلقت ثلاثًا، وكذلك إذا قال لامرأته: أنت طالق ثلاثة أنصاف طلقة، فإنها تطلق طلقتين؛ لأن ذلك زائد على أجزاء الطلقة فكانت الزيادة من طلقة أخرى.

وقوله: وفى كل قرء طلقة فبطهر ولو لطفلة وكذا بحبل ولا يتكرر.

أى: ولو قال لامرأته: أنت طالق فى كل قرء طلقة وكانت طاهرًا وقعت فى الحال طلقة، سواء كانت صغيرة أو كبيرة أو فى سن اليأس أو حاملاً. لكن لو حاضت الحامل ثم طهرت لم تقع طلقة أخرى كما يقع لغير الحامل؛ لمنافاة أقراء الحامل لأقراء العدة.

واعلم أن الأصح فى العدد أن القرء هو المحتوش بدمين.

قال الرافعى فى العدد عند نقله تصحيح قول الاحتواش: لكنه مخالف فيما حكيناه فى

---

(١) فى ط: فله.

(٢) فى ط: وقع.

الطلاق أن أكثرهم حكموا بوقوع الطلاق فى الحال إذا قال للتى لم تحض: أنت طالق فى كل قرء طلقة مع تعلق هذه الصورة بهذا الأصل.

قال مالك: ويجوز أن يجعل ترجيحهم لوقوع الطلاق بمعنى يختص بتلك الصورة لا لرجحان القول بأن القرء هو الانتقال من الطهر إلى الحيض.

قلت: الظاهر أن مقصود الأصحاب الاحتياط للبضع فعدوا الانتقال قرءًا فى حق من علق طلاقها بالقرء ولم يعتدوا به فى انقضاء العدة.

وقوله: وما تكرر عد لا إن أكد بلا فصل واختلاف ولا قبل وطء، نعم إن علق أو كرر بنحو مع أو فوق فكموطوءة.

أى: وما تكرر من ألفاظ الطلاق عد طلاقًا فلا يلغى حكمه إلا إن قال: قصدت به التأكيد[1]، فلو لم يفصل[2] بل أطلق تعدد.

ويشترط لجعله تأكيدًا ألا يفصل بينهما سكتة تزيد على سكتة التنفس، وألا يحصل اختلاف. والذى يصح أن يكون مؤكدًا كقوله: أنت طالق أنت طالق.

وكذا: أنت طالق طالق، وإن زاد على ذلك ما شاء وقصد التأكيد فهو واحدة.

وإن قال: أنت طالق وطالق وطالق، وقصد بالثانية والثالثة تأكيد الأولى لم يقبل ظاهرًا، وإن قصد بالثالثة تأكيد الثانية قبل لعدم الاختلاف، وإن قال: أنت طالق وطالق فطالق، أو أنت طالق ثم طالق بل طالق - فلا تأكيد بل تطلق ثلاثًا.

ولو قال: أنت طالق مطلقة مسرحة مفارقة، وقصد التأكيد، فالأصح أن الواقع طلقة، وقد يرد هذا على قولنا: واختلاف.

وكذلك عدم الوطء يبطل حكم التكرار لأنها تبين بالطلقة الأولى بخلاف المدخول بها فإنها تكون رجعية.

فإذا قال لها قبل الدخول: أنت طالق وطالق وطالق: وقعت طلقة واحدة إلا أن يكون ذلك بتعليق فإنه يقع المكرر.

فإذا قال لغير مدخول بها: إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق وطالق، وقع بدخولها الطلقات الثلاث؛ لأنهن معلقات بالدخول. فإذا وجد وقعن[3] معًا.

وكذلك إذا قال لها: أنت طالق طلقة مع طلقة أو معها طلقة أو فوقها طلقة أو تحتها طلقة فإنها تطلق طلقتين وإن لم يدخل بها، كما لو قال لها: أنت طالق طلقتين.

---

(١) فى ط: التوكيد.
(٢) فى ط: يقصده.
(٣) فى ط: وقع.

وقوله: ولا يقع بإن شاء الله أو إن لم أو إلا إن شاء الله ككل عقد وحل، لا فى نداء ولا إن شك أو قال ثلاثًا إلا إن شاء أبوك واحدة فشاءها أبوها أو أكثر أو ثلاثًا إن شئت فشاءت أقل.

أى: ولا يقع طلاق بقوله: أنت طالق إن شاء الله؛ إذا قصد تعليق الطلاق بمشيئة الله تعالى لأن مشيئة الله تعالى لا تُعْلَم فلا يقع الطلاق بالشك.

فإن قيل: مشيئة الله تعالى قديمة، والتعليق إنما يكون بالمحدثات كدخول الدار، ومشيئة زيد.

فالجواب: أن المشيئة القديمة متعلقة بأزمنة تنفذ فيها، فالتعليق هنا بمتعلق المشيئة لا بها.

وأما قوله: أنت طالق إن لم يشأ الله، فالمذهب الصحيح أنه لا يقع به[١] الطلاق لكونه تعليقًا بمحال لأنه لا يقع الطلاق إلا بمشيئة الله.

وقوله: إن لم يشأ الله، كقوله: إن أحييت ميتًا، وكذلك قوله: إلا أن يشاء الله؛ لأن معناه: إلا أن يشاء الله طلاقك فلا تطلقين فهو تعليق بمحال فلا ينفذ، كما لا ينفذ مع إن شاء الله عقد ولا حل من يمين ونذر وعتق وظهار وبيع وإجارة وإبراء وسائر التصرفات. واستثنى التعليق[٢] بالنداء.

فإذا قال لامرأته: يا طالق إن شاء الله تعالى، وقع الطلاق ولغا الاستثناء؛ لأن الاستثناء إنما يدخل على الأفعال لا على الأسماء إذ لا يصح أن يقول: يا أسود إن شاء الله تعالى. وإذا شك فى وقوع الطلاق على امرأته لم نحكم بوقوعه؛ لأن الأصل بقاء النكاح.

وإن شك فى عدد، أخذ بالأقل المتيقن؛ لأن الزائد عليه مشكوك فيه. وكذلك إذا قال لامرأته: أنت طالق ثلاثًا إلا أن يشاء أبوك واحدة، فقال أبوها: شئت واحدة، لم تطلق؛ لأنه قصد رفع ما أوقع بالتعليق[٣] بمشيئة أبيها واحدة، فكأنه قال: إلا أن يشاء أبوك واحدة فلا تطلقين.

نعم لو قال الزوج: أردت إلا أن يشاء أبوك واحدة، فتقع تلك الواحدة، فإنها تطلق واحدة، ولو شاء أبوها ثنتين أو ثلاثًا؛ لم تطلق أيضًا على الأصح؛ لأنه شاء واحدة وزاد فلغت الزيادة، فإن لم يشأ شيئًا طلقت.

ولو قال: أنت طالق واحدة إلا أن يشاء أبوك ثلاثًا وشاء ثلاثًا - لم تطلق. وإن شاء

---

(١) فى ط: له.
(٢) فى ط: التطليق.
(٣) فى ط: بالتطليق.

واحدة أو ثنتين، طلقت واحدة.

وكذلك إذا قال لها: أنت طالق ثلاثًا إن شئت، فقالت: شئت واحدة أو ثنتين، لم تطلق، وإن شاءت ثلاثًا، طلقت ثلاثًا.

ولو قال: أنت طالق واحدة إن شئت، فقالت: شئت ثلاثًا - طلقت واحدة لأنها شاءت واحدة وزيادة.

[وقوله فى الحاوى: «لا المشكوك كإن شاء الله أو إلا أن يشاء الله أو إن لم، كالعتق والنذر واليمين لا الظهار والنداء أو ثلاثًا إلا أن يشاء أبوك واحدة أو أكثر وبعكسه» فيه أمور:

أحدها: أنه جعل إلا أن يشاء الله أو إن لم يشأ الله، من المشكوك، كقوله: إن شاء الله، وهو فى «إن شاء الله» كذلك؛ لأنه علق بمشيئة الله وهو لا يعلم أنه شاء أم لا. والأصل بقاء النكاح.

وأما قوله: إلا أن يشاء الله أو إن لم يشأ الله، فقد قال بهذا التعليق فيه جماعة.

والذى عليه المحققون من أنه تعليق بمحال لأن معناه إلا أن يشاء الله طلاقك فلا تطلقين.

وكذلك قوله: أنت طالق إن لم يشأ الله طلاقك فلا تطلقين، فعلق وقوع الطلاق بخلاف المشيئة، ومشيئة الله لا يقع شىء من دونها فهو كقوله: إن أحييت ميتًا، والأصح أنها لا تطلق.

الثانى: أنه خصص العتق والنذر واليمين وكل عقد وحل له حكمها.

الثالث: قوله: «لا الظهار»، مقتضاه أن الظهار يقع بالمشكوك؛ لأن «إن شاء الله» مثال للمشكوك، فالعتق والنذر واليمين وسائر التصرفات لا تقع بـ «إن شاء الله» ولا بالمشكوك، والظهار كما يقتضيه كلامه يقع مع الاستثناء بـ «إن شاء الله» وبالمشكوك، وليس كذلك.

الرابع: أن هذا الذى قطع به فى الظهار قول قديم للشافعى.

قال فى المهمات فى كتاب الطلاق: لم يتكلم الرافعى على تعليق الظهار بالمشيئة فى بابه واقتصر على ما ذكره هنا، وليس فيه تصريح بحكمه إلا أن عموم الكلام قد يؤخذ منه أنه كغيره من التصرفات، وتعجب من الرافعى حيث لم يشرح هذه المسألة وهى مسطورة فى الوجيز.

ثم قال: والصحيح أن الظهار كغيره فى صحة الاستثناء، صرح به إمام الحرمين فقال: وقد نقلوا أيضا للشافعى أن الاستثناء فيه لا يؤثر.

وطرد المحققون هذا القول فى جميع الحلول والعقود.

ثم قال ما نصه: ورام بعض الأصحاب أن يفرق بين الظهار وغيره ولست أرى لما لا أفهمه وجها، والصحيح أن التعليق بالمشيئة يفسد جميع ما تقدم من إقرار وإنشاء وحل وعقد.

الخامس: قوله: «إلا أن يشاء أبوك واحدة فشاء واحدة أو أكثر وبعكسه»، يقتضى أن العكس حكمه، وعكسه أن يقول: أنت طالق واحدة إن شاء أبوك ثلاثا فشاء ثلاثا أو أقل وهو غير مطرد فى الأقل، بل إن شاء ثلاثا لم تطلق، وإن شاء واحدة أو اثنتين طلقت واحدة][1].

وقوله: كأن علقا بنقيضين لم يقع كمعسرين فى عبد وعتق الأقل مجانًا إن صار لمالك وفى عبديهما وصارا لواحد أو زوجتيه أو طلق أو أعتق واحدة ونسى يوقف ويبين، ثم وارث فى عتق وكذا طلاق بائن لا إن مات أولاً وإن أبهم عين لا وارث ولا بوطء إلا فى إماء.

أى: لا يقع الطلاق بما ذكرنا كما لا يقع إذا علق رجلان طلاق امرأتيهما بنقيضين فقال أحدهما: إن كان هذا الطائر غرابًا فامرأتى طالق، وقال الآخر: إن لم يكن غرابًا فامرأتى طالق، ولم يعرف فإنه لا يقع على امرأة واحد منهما طلاق للشك، واستصحاب أصل النكاح ولو كان بينهما عبد فقال أحدهما: إن كان غرابًا فنصيبى حر وقال الآخر: إن لم يكن غرابًا فنصيبى حر - فالحكم كذلك لا يعتق نصيب واحد منهما، هذا إذا كانا معسرين.

فإن كان موسرين عتق العبد؛ لأن أحدهما قد عتق نصيبه قطعا بتعليقه ويسرى إلى نصيب صاحبه ليساره، ولكل منهما أن يدعى على الآخر قيمة نصيبه ويحلفه على البت إنه لم يحنث.

وإن كان أحدهما معسرا والآخر موسرا عتق نصيب المعسر على كل تقدير؛ لأنه إما أن يحنث فيعتق عليه أو يحنث شريكه الموسر فيعتق عليه نصيب المعسر بالسراية، ولا يعتق نصيب الموسر للشك.

وللمعسر أن يدعى عليه قيمة نصيبه ويحلفه على البت إنه لم يحنث، فإن باع المعسران نصيبهما من ثالث أو أحدهما من آخر عتق عليه أقل النصيبين لأنه اليقين.

وإن استويا عتق النصف ولا يرجع بشىء لأن كلا منهما يقول: لم يعتق نصيبى.

قال فى «الروضة»: هذا هو الأصح، وبه قال القفال وقطع به الغزالى، قال: وحكى الشيخ

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

أبو على وجها أنه إن اشتراه عالمًا بالتعليقين فلا رجوع له، وإن لم يعلم، ثم علم فله الرد.

فإن كان لكلٍّ عبدٌ وعلقًا كذلك، لم يعتق واحد منهما، فإن صار لثالث أو لأحدهما، عتق أحد العبدين ومنع من التصرف فيهما وأمر بالتبيين، وعليه أن يبحث ليصل إلى العلم.

وكذلك إذا كانا لواحد وعلق بالنقيضين لزمه[1] التوقف فى ذلك كله.

وكذلك إذا كان له زوجتان فعلق طلاقهما بالنقيضين لزمه التوقف عنهما، فلا يطأ امرأة ولا يتصرف فى عبد حالة الإشكال، كما إذا طلق إحدى امرأتيه.

ولا يخلو حينئذ أن تكون معينة أو مبهمة، فإن كانت معينة ونسيها فالحكم كذلك يتوقف ويلزمه أن يبين.

فإن مات قبل البيان نظرت: فإن كانتا باقيتين، فليس للوارث حاجة إلى التبيين؛ لأن الفرض لا يتعدد بتعدد الزوجات، بل هو ثمن أو ربع للواحدة، فأكثر[2]، فيتوقف حتى يصطلحا عليه.

وإن ماتتا قبله ففى هذه المسألة وفى مسألة إن كان هذا الطائر غرابًا، فإن الطلاق واقع على واحدة؛ فللوارث أن يبين.

وهذا إن كان الطلاق المعلق بائنا؛ لأنه يصل بذلك إلى ميراث أبيه من إحداهما.

وإن كان رجعيًّا فلا حاجة للتبيين؛ لأن الرجعية زوجة فى الميراث فهو يرث من كل منهما.

وأما إذا أبهم ولم يقصد طلاق معينة كقوله لزوجتيه: إحداكما طالق، فله أن يعين الطلاق فيمن اختار منهما، وفى هذه لا يقوم الوارث مقامه فى التعيين لأنه منوط بشهوة الزوج واختياره.

ويشترط أن يكون التعيين باللفظ إن كان طلاقًا لا بالوطء إلا فى تعيين إحدى أمتيه فإن له أن يعينها بالوطء على الأصح قاله فى «الروضة».

وإن كان الإشكال فى عبدين أو أمتين عين الوارث أو بين مطلقًا.

[وقوله فى الحاوى: «وإن علق شخصان بنقيضين» إلى قوله: «لا بالوطء» فيه أمور:

أحدها: قوله: «فى عبد»، أى: لا يقع على العبد إذا علق الشريكان عتقه بنقيضين، وليس ذلك على إطلاقه، بل ذلك إذا كانا معسرين، فإن كانا موسرين عتق العبد، وإن كان

---

(١) فى ط: فيجب.
(٢) فى ط: وللأكثر.

أحدهما موسرا والآخر معسرا عتق نصيب المعسر كما سبق بيانه، ذكره فى العزيز والروضة.

الثانى: قوله: «وعتق النصف»، لا يعتق النصف إلا إذا كان بينهما مناصفة، وإلا فإنما يعتق أقل النصيبين؛ لأنه المتيقن.

الثالث: أنه قال: كأن نسى كإحداكما طالق، أو حر، عَيَّن والتعيين إنما يكون إذا أبهم الطلاق فطلق إحداهما لا على التعيين، وأما إذا طلق واحدة ونسى، فإن الذى يؤمر به التبيين لا التعيين كما اصطلح عليه الأصحاب، وقد عنى بالتعيين القسمين جميعا.

الرابع: أنه قال: «إن للوارث التعيين»، والتعيين إنما هو اختيار شهوة وذلك إلى الزوج لا إلى الوارث، وإنما يحلفه الوارث فى التبيين فى طلاق معينة، نسيها أو جهلت.

الخامس: قوله: «لا إن مات أولاً»، يقتضى أن السيد إذا مات والعبدان باقيان، أن الوارث لا يبين؛ لأنه قال فى التمثيل: كإحداكما طالق أو حر، وليس كذلك؛ لأنا إنما منعناه من تبيين الطلاق إذا مات مورثه قبل المرأة؛ لأن إرث المرأة والمرأتين واحد فلا غرض له فى التبيين بخلاف العبد فإن غرضه ظاهر.

السادس: أنه أطلق تعيين الوارث وليس للوارث أن يعين إلا إذا حصلت البينونة بالطلاق، أما إذا كان رجعيا فإنها كالزوجة.

السابع: قوله: «لا بالوطء»، يقتضى أن الوطء لا يكون تعيينا للزوجة فى الطلاق ولا التعيين فى الملك فى مسألة الأمة، أما فى الزوجة فهو الصحيح كما قال، وأما فى الأمة فالأصح أن الوطء تعيين للملك، هذا فى التعيين لا التبيين، قال فى الروضة: ونقله ابن الصباغ عن الأكثرين وله نظير وهو وطء البائع فى مدة الخيار؛ لأن الملك فى المسألتين موقوف على اختيار الواطئ][1].

وقوله: وأنفق للحبس وعصى بوطء وتأخير وإن ماتتا وتبين وقوعه.

أى: وقبل التعيين أو التبيين تلزمه النفقة وهو المراد بقوله: وأنفق للحبس، وإذا عين الزوج الطلاق المبهم فى واحدة منهما، فالأصح أنه يتبين وقوعه من يومئذ، لا من وقت التعيين؛ لأنه لو لم يقع لما لزمه التوقف عنهما.

وأما إذا طلق واحدة معينة ونسى ثم بين فإن الأمر فيها ظاهر، وحيث أمرناه بالتوقف ليبين أو يعين فإنه لا يحل له أن يطأ، وفيه وجه: أن الوطء تعيين فيحل وهو ضعيف، إلا

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

فى أمته كما سبق، ويعصى أيضًا بتأخير التعيين أو التبيين سواء كانتا فى الحياة أم لا لما يتعلق به من الميراث.

وقوله: وأردت هذه بل هذه، إقراران، وعينت هذه وهذه فالأولى.

أى: إذا قال: إحداكما طالق، لمعينة، ثم نسى وطولب بالبيان فقال: أردت هذه بل هذه، أو هذه أو هذه - كان ذلك إقرارًا بطلاقهما؛ لأنه أقر بطلاق المشار إليه، ثم أراد الرجوع عنه بإقراره بطلاق الثانية فلا يقبل الرجوع عن الإقرار الأول، ويؤاخذ[1] بالثانى لاحتمال صدقه كما لو قال له: على درهم بل دينار، وإن قال: هذه ثم هذه أو هذه فهذه - قال القاضى وصاحباه البغوى والمتولى: تطلق الأولى دون الثانية لاقتضائهما الترتيب .واعترض عليه الإمام وقال: قد اعترف بطلاق الثانية. وقال الرافعى: والحق الاعتراض.

وقال النووى: قول القاضى أظهر وإن كان الطلاق غير متعين[2] فى واحدة وطولب بتعيينه فى واحدة، فقال: هذه وهذه، أو هذه بل هذه، أو هذه فهذه، أو ثم هذه - لم يقع إلا على الأولى لأنه ليس مخبرًا عن طلاق سابق، بل هو منشئ اختيارًا.

واللفظ السابق لا يقتضى إلا اختيار واحدة. فيلغو اختيار ما بعدها سواء قلنا يقع الطلاق من حيث التعيين أو تبيين وقوعه من وقت[3] التعليق؛ لأنا وإن أسندناه إلى ما تقدم فإن التعيين إنشاء متمم للفظ السابق لا إخبار عما وقع به.

وقوله: والتعليق بموت سيد ورثها به وبإن طلقت أو آليت أو راجعت أو فسخت فأنت طالق قبله ثلاثًا، أو إن وطئتك حلالاً فأنت طالق قبله - باطل.

أى: وإذا علق الزوج طلاق زوجته الأمة بموت سيدها وكان الزوج ممن يرثه أو صار عند موته وارثًا لكلها أو لبعضها لم تطلق وبطل التعليق لأن النكاح ينفسخ بالملك، والفسخ والطلاق لا يجتمعان؛ فنفذ الأقوى منهما وهو الفسخ لأنه حكم شرعى ينفذ قهرًا لا باختيار الزوج وإن عرض ما يمنعه الإرث طلقت بموته.

وكذلك يبطل التعليق فى مسائل الدور فإن قال لامرأته: إن طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثًا، ففى هذه المسألة ثلاثة أوجه:

---

(١) فى ط: ويؤخذ.
(٢) فى ط: معين.
(٣) فى ط: يوم.

أحدها: لا يقع عليها طلاقه بعد هذا القول.

والثانى - وهو ما قطع به المصنف وعليه الفتوى[١]-: أن هذا التعليق يلغو، حتى إذا طلقها الزوج طلقة منجزة وقعت، ولم يقع ما علق عليها من الثلاث.

والثالث: أنه يقع المنجز وثنتان من المعلق فتطلق ثلاثًا.

وكذلك إذا قال لها: إذا آليت منك أو ظاهرت أو راجعتك أو فسخت نكاحك فأنت طالق قبله ثلاثًا.

فإنا إذا أبطلنا التعليق فآلى منها أو ظاهر أو راجعها أو فسخ هو نكاحها بعد[٢] ذلك كله، وإن لم نبطله أو أثبتنا الدور لم يقع شىء من ذلك.

وأما إذا قال لها: إذا فسخت أنت النكاح بعيبى فأنت طالق قبله ثلاثًا، فإن فسخها ينفذ ولا نقول بإبطاله للدور وإن أثبتناه.

والفرق أن هذا الفسخ يثبت عليه قهرًا إلا[٣] بمباشرته واختياره فلم يصلح أن يصرفه دافعا[٤] ومبطلًا حق غيره.

وكذلك إذا قال: إن وطئتك حلالًا فأنت طالق قبله طلقة، لغت الطلقة للدور لأنه إذا وطئها وهى زوجته لزم أن يقع قبله الطلاق، وإذا وقع الطلاق لزم ألا يكون حلالًا. وإذا لم يكن حلالا لزم ألا يقع الطلاق، وما أدى ثبوته إلى إبطاله بطل.

والطلاق هنا يؤدى إثباته إلى إبطاله فيبطل ويبقى الوطء حلالًا، وبهذه وأمثالها يحتج من يثبت الطلقة المنجزة كما إذا أقر الأخ بابن للميت فإنه يثبت النسب دون الميراث؛ لأن إثبات الميراث يؤدى إلى نفيه فيبطل الإرث ويثبت النسب.

وقالوا: المنجزة كالنسب فى هذه المسألة، والثلاث كالإرث لأنا لو حكمنا بوقوع الثلاث لبطلت المنجزة. وإذا بطلت بطل الثلاث كما إذا حكمنا بالإرث بطل النسب، وإذا بطل النسب بطل الإرث.

لكن من يقول بصحة الدور يفرق ويقول: الإرث غير النسب، ولما كان ثبوته يبطل نفسه وغيره، خصصناه بالبطلان. وفى الطلاق المنجزةُ، وهى بعض الثلاث المعلقة لأن الطلاق ثلاث لا غيره. فإذا أثبتنا المنجزة لزم أن تقع هى مع اثنتين قبلها، وإذا لزم ذلك بطلت،

---

(١) فى ط: الفتيا.
(٢) فى ط: نفذ.
(٣) فى أ: لا.
(٤) فى ط: تصرفه وأفعاله.

فإثبات المنجزة يؤدى إلى إبطالها فبطلت. وبقى[١] [من] حجج من يثبت المنجزة قولهم: إن الطلاق تصرف شرعى، والزوج أهل له، وهى محل له فيبعد أن ينسد[٢] [عليه باب هذا التصرف، وإذا كان كذلك فالجمع بين المنجزة والمعلقة متعذر، ووقوع أحدهما][٣] غير متعذر، والمنجز أقوى بدليل حاجة المعلق إليه فكان أولى بالوقوع.

تعليق الطلاق بإن وإذا وغيرهما

وقوله: وتعليقه بإن وإذا بفعل مبالٍ لا غير غالبًا حلف، والطلاق بصفة وقوع، فإن سبقه تعليق بطلاق فتطليق وإيقاع ووقوع.

أى: وتعليق الطلاق بفعل الشىء أو عدمه - بإن وإذا - حلف، فقوله لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق: حلف. وكذلك قوله: إن لم تدخلى، والحلف ما يقصد به الحث أو المنع أو تحقيق الخبر[٤].

---

(١) فى ط: وأقوى.

(٢) فى ط: ينسب.

(٣) مابين المعقوفين سقط فى ط.

(٤) أدوات التعليق كثيرة منها: إن، وإذا، ومتى، ومتى ما، وأى وقت، وأى حين، وكلما، وأى زمان، ولها ثلاثة أحوال:

الحالة الأولى: أن تستعمل فى الإثبات فى غير المشيئة، ولا يقترن بها عوض، وحينئذ لا تكون مستعملة إلا فى تعليق الطلاق بوجود الشرط، من غير أن يراعى فيه الفور، وتكون على التراخى، فإذا وجد الشرط وقع الطلاق؛ إذا كان قبل موت أحدهما ولو بلحظة. فإذا قال لزوجته: «إن دخلت الدار فأنت طالق»، أو: «إذا دخلت الدار - أو: أى وقت دخلت الدار، أو: كلما دخلت الدار - فأنت طالق»، كانت هذه الألفاظ كلها على التراخى؛ لتعليقها بوجود الشرط، وهو لا يختصُّ بزمان دون غيره، فمتى وجد الشرط قريبا أو بعيدًا تعلق به الحكم، ووقع به الطلاق مرة واحدة، وتنحل بها اليمين، ولا يؤثر دخولها مرة ثانية؛ لدلالتهن على مجرد صدور الفعل الذى فى خبرهن ولو مع تقييده بالأبد: كـ «إن خرجت أبدًا إلا بإذنى فأنت طالق» ؛ لأن معناه: أى وقت خرجت فأنت طالق. وذلك فى غير «كلما»، فلا تنحل بها اليمين بدخولها مرة أو مرتين؛ لأنها تقتضى التكرار وضعًا واستعمالا.

هذا كله إذا كان قبل الموت، فلو لم تدخل حتى مات الزوج، ثم دخلت -لم تطلق، وإن كان الشرط موجودًا؛ لأن الطلاق لا يقع بعد موت الزوج؛ فصار الشرع رافعا لحكم الشرط بالموت.

الحالة الثانية: أن يقترن بها العوض، أو تستعمل فى التعليق بمشيئة زوجته مخاطبا لها. فينقسم حكمها إلى قسمين:

أحدهما: ما يكون على الفور، وذلك فى لفظين: «إن»، و «إذا». فإذا قال: «إن أعطيتنى ألف درهم - أو إن ضمنت لى ألف درهم، أو إذا أعطيتنى ألفا، أو إذا شئت، أو إن شئت - فأنت طالق»، روعى فى وقوع الطلاق بما ذكر أن يكون على الفور. وإنما كان كذلك؛ لأن «إن»، و«إذا» من حروف الصفات، فإذا اقترن بها العوض أو المشيئة صار الحكم له، وصار من صفاته، ومن شأن ما ذكر أن يكون على الفور؛ لتضمن المعاوضات تمليك المال؛ فيجب أن =

. . . .

= يتصل الإيجاب بالقبول؛ ولتضمن المشيئة تمليك الطلاق على الأصح؛ فيعتبر الفور.

ثانيهما: ما يكون على التراخى وهو الباقى من أدوات التعليق، فإذا قال: «متى أعطيتنى ألف درهم فأنت طالق»، أو: «متى ما أعطيتنى»، أو: «أى وقت أعطيتنى»، وكذا الباقى - كان الحكم فى هذه كلها على التراخى، ففى أى وقت أعطته الألف من عاجل أو آجل طلقت؛ لأنها أسماء صريحة فى الوقت، وصار حكمها بقوته أغلب من حكم العوض؛ فصارت على التراخى؛ لتساوى الأوقات فيها، وصارت كالقياس الذى إن قوى على تخصيص العموم وبيان المجمل، ضعف عن مقابلة النص وتغيير حكمه.

الحالة الثالثة: أن تستعمل فى تعليق الطلاق بنفى فعل فتنقسم قسمين أيضا.

القسم الأول: يكون على الفور قطعا وإن كانت عند الإثبات للتراخى، وهو ما عدا «إن»، و «إذا» من أدوات التعليق: كـ «متى»، و «متى ما»، و «أى وقت»، و «أى حين»، و «أى زمان». فإذا قال: «متى لم تدخلى الدار فأنت طالق»، طلقت بمضى زمن يمكنها الدخول فيه ولم تدخل. وإنما اختلف حكمها بدخول أدوات النفى؛ لأنها إذا تجردت عنها صار الطلاق مشروطا بوجود الصفة فى أى زمان وجدت؛ فصار الحكم على التراخى، وإذا دخل عليها أداة النفى، صار الطلاق مشروطا بعدم الصفة، وهى معدومة فى أول زمان المكنة؛ فلذلك صارت على الفور.

القسم الثانى: وهما لفظتان فقط: «إن»، و «إذا». وفى اقتضائهما الفور وعدمه خلاف نقل عن الشافعى من طريقين:

الطريقة الأولى: قاطعة بأن «إذا» للفور و «إن» للتراخى، فلو قال لزوجته: «إذا لم تدخلى الدار فأنت طالق»، ومضت مدة يمكنها الدخول، ولم تدخل طلقت، وحصل ذلك على الفور. وإن قال: «إن لم تدخلى الدار فأنت طالق»، لم يحنث إلا عند اليأس من الدخول، كأن ماتت قبل دخولها؛ فيحكم بوقوع الطلاق قبيل الموت بزمن لا يمكن فيه الدخول. وخرج بالموت ما لو أبانها بعد تمكنها من الدخول، واستمرت إلى الموت ولم تدخل، فلا يقع قبل البينونة؛ لانحلال اليمين بدخولها قبل موتها إن وجد. وهذا ما اعتمده الرملى، والزيادى وأكثر المشايخ، خلافا للإسنوى، حيث قال: «الصواب وقوعه قبل البينونة».

ومحل اعتبار اليأس ما لم يقل: «أردت إن لم تدخلى الآن أو اليوم»، فإن أراده تعلق الحكم بالوقت المنوى، قريبا كان أو بعيدًا. هذا هو المنصوص عليه فى صورتى «إن»، و «إذا» ؛ فلا وجه لتسوية أبى على بن أبى هريرة بينهما؛ لمخالفة النص، وظهور الفرق بينهما من ثلاثة أوجه:

الأول: فرق أبى حامد المروزى: أن «إذا» موضوعة لليقين والتحقيق، و «إن» موضوعة للشك والتوهم؛ لأنه يحسن أن يقال: «إذا جاء يوم الجمعة جئتك»، ولا يحسن أن يقال: «إن جاء يوم الجمعة جئتك» ؛ لأن مجىء يوم الجمعة يقين، وليس بمشكوك فيه، ويحسن أن يقال: «إن حصل المطر يوم الجمعة أقمت»، ولا يحسن أن يقال: «إذا حصل المطر يوم الجمعة أقمت» ؛ لأن حصول المطر فيه شك وليس بيقين؛ ولذا قال الله تعالى: ﴿إِذَا ٱلشَّمْسُ كُوِّرَتْ﴾ [التكوير: ١] ؛ لأن تكورها يقين، فلما كانت «إذا» مستعملة فى اليقين والتحقيق، فإذا حضر زمان المكنة استقر حكمه؛ فصارت على الفور، ولما كانت «إن» مستعملة للشك والتوهم، لم يستقر حكمه إلا بالفوات؛ فصارت على التراخى.

الثانى: فرق أبى القاسم الداركى: أن «إذا» ظرف زمان كـ «متى» فى التناول للأوقات، و «إن» حرف شرط لا إشعار له بالزمان، فإذا قيل: «متى ألقاك»؟ صح أن تقول: «إذا شئت» و «متى شئت»، ولا يصح أن تقول: «إن شئت»، فإذا قيل: «إن لم تدخلى الدار» فمعناه: إن فاتك دخولها، وفواته بالموت، وقوله: «إذا لم تدخلى الدار فأنت طالق»، معناه: أى وقت فاتك الدخول فيه؛ فيقع =

أما التعليق بفعل من لا يبالى فليس بحلف وقد احترز عن ذلك بقوله: مبال.

فإذا قلت: إن طلعت الشمس أو قدم الحاج أو حضت فأنت طالق، فهذا ليس بحلف لأنك لا تقصد حثًّا ولا وصفًا ولا تحقيق خبر.

فإذا قلت: إن حلفت بطلاقك فأنت طالق، ثم قلت: إن دخلت الدار فأنت طالق - طلقت طلقة لأنك قد حلفت بطلاقها. فإذا دخلت الدار قبل انقضاء العدة طلقت أخرى.

ولو قال عَوْضُ: إن طلع الهلال أو قدم السلطان فأنت طالق: لم يكن ذلك حلفا ولم تطلق به ولكن تطلق بوجود الصفة.

ولو قلت: إن قدم زيد فأنت طالق، وقصدت منعه من القدوم وهو ممن يمتنع بيمينك فهو حلف.

واحترز بقوله: «غالبًا» من حصول ذلك بعد قرينة فيصير بها حالفًا كما إذا قال لامرأته: ما طلعت الشمس أو ما قدم السلطان، فكذبته فقال: إن قدم السلطان فأنت طالق، فإنه يكون حلفًا بقصده بطريق الخبر.

= الطلاق بمضى زمن يمكن فيه الدخول ولم تدخل.

الثالث: فرق أبى الحسن الفرضى: أن «إذا» اسم؛ فكان أقوى عملا؛ فلذلك كانت على الفور، و«إن» حرف؛ فكان أضعف عملا؛ فلذلك كانت على التراخى.

الطريقة الثانية: حاكية لكل منهما قولين، بتخريج قول من كل منهما إلى الأخرى:

الأول: أن الطلاق إنما يقع فيهما عند اليأس من الفعل، لا بمضى زمن يمكن فيه الفعل ولم يفعل؛ كما فى طريق الإثبات، لا يختص التعليق بالزمان الأول، وبهذا قال أبو حنيفة، حيث سوى بين «إن» و «إذا» فى أنهما على التراخى.

الثانى: يقع فى كل منهما بمضى زمن يمكن فيه الفعل ولم يفعل؛ لأنه أول وقت حصل فيه عدم الفعل المعلق به، والطلاق يقع بأول حصول الصفة، وألحقوا بـ «إذا» غيرها من أخواتها فيما ذكر نحو «متى -وأى وقت-لم تدخلى الدار فأنت طالق»، فتطلق بمضى زمن يمكن فيه الدخول، ولم تأت به على الراجح.

وقد نظم بعضهم ضابطًا لهذه الأدوات على الطريقة المشهورة، فقال:

أدوات التعليق فى النفى للفو ... رسوى «إن» وفى الثبوت رءوها

للتراخى إلا «إذا» «إن» مع الما ... ل وشئت وكلما كرروها

وقد سأل بعضهم ابن الوردى -رحمه الله- بقوله:

أدوات التعليق تخفى علينا ... هل لكم ضابط لكشف غطاها؟

فأجابه بقوله:

«كلما» للتكرار وهى ومهما ... إن إذا أى من متى معناها

للتراخى مع الثبوت إذا لم ... يك معها إن شئت أو أعطاها

أو ضمان والكل فى جانب النفـ ... ى للفور، إلا «إن» «إذا» فى سواها

ثم حصول الطلاق بالصفة وقوع، فإن تقدمه تعليق بالطلاق كما سيأتى فهو وقوع وإيقاع وتطليق، فإذا قال لامرأته: إن طلقتك فأنت طالق أو إن وقع عليك طلاقى أو إن أوقعت عليك الطلاق فأنت طالق، ثم قال لها: أنت طالق - طلقت طلقتين.

وكذلك إذا قال لها - بعد قوله: إن طلقتك فأنت طالق-: إن دخلت الدار فأنت طالق، أو إن طلعت الشمس فأنت طالق، ووجدت الصفة فإنها تطلق طلقتين لأن التعليق فى هذه الصورة مع الصفة تطليق وإيقاع ووقوع.

ولو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم قال: إن وقع عليك طلاقى فأنت طالق، ثم دخلت الدار طلقت طلقتين، ولو قال مكان ذلك: إن طلقتك أو إن أوقعت عليك الطلاق فأنت طالق، ثم دخلت الدار لم تطلق إلا واحدة بالدخول فقط لأن وجود الصفة وحدها وقوع لا إيقاع ولا تطليق.

وقوله فى «الحاوى»: وبالفعل بإن وإذا إلى قوله «قبل البينونة وقوع» فيه أمور:

أحدها: قوله: «وبالفعل»، جعل التعليق بالفعل حلفًا مطلقًا وليس كذلك، بل الحلف[1] منه ما لا يكون كالتعليق بطلوع الشمس وممن لا يبالى بتعليقه. وقد بينا أن الحلف ما قصد به حث أو منع أو تحقيق الخبر.

الثانى: أنه استثنى من الفعل التعليق بالطلوع وحده فلو قال: لا نحو الطلوع، لشمل.

الثالث: قوله: «قبل البينونة» مكرر لا حاجة إليه لأنه احترز به عما إذا دخلت الدار بعد أن طلقها بائنا فإنه لا يلحقها الطلاق المعلق بالوقوع، وذلك مأخوذ من قوله فى أول الباب: «لغير البائنة».

وقوله: وإن حلفتُ بطلاقكما فإحداكما طالق وكرره أربعًا فلا طلاق، أو فأنتما فثلاثًا ثلاثًا وقبل وطء واحدة واحدة وكذا بعده، فإن نكح الأخرى وحلف بطلاقها طلقت الموطوءة.

أى: إذا قال لامرأتيه: إن حلفت بطلاقكما فإحداكما طالق وكرره ما شاء فلا طلاق؛ لأنه علق طلاقهما على الحلف بطلاقهما ولم يحلف إلا بطلاق واحدة وإنما قال: أربعًا؛ توطئة للمسألة التى بعدها.

وإن قال: إن حلفت بطلاقكما فأنتما طالقتان[2]، فإذا أعاد هذا القول طلقتا بعدد المعاد؛ لأن الأول تعليق وبالمعاد وجدت الصفة.

---

(١) فى ط: التعليق.

(٢) فى ط: طالقان.

فإذا كرر هذا القول أربع مرات طلقن ثلاثًا ثلاثًا، وانحلت الأيمان، هذا إذا كانتا مدخولا بهما.

فإن لم يدخل بهما طلقتا واحدة واحدة وبانتا، وإن كان قد دخل بواحدة طلقتا كذلك واحدة واحدة؛ لأن غير المدخول بها تبين بالطلقة الأولى فلا تصلح للحلف بالطلاق؛ فيبقى الحلف بالأخرى وحدها والطلاق معلق على وجود الحلف بهما لكن طلاقهما رجعى، فلو أنه جدد[1] النكاح على التى لم يدخل بها وحلف بطلاقها وحدها، طلقت الرجعية وحدها؛ لأنه بذلك قد حلف بطلاقها، ولم تطلق هى بناء على الأصح وهو أن الحنث بعد البينونة لا يعود.

وقوله: وبابتلاع تمرة فى فيها وطرح ثم إمساك بأكل بعض أو بأكل فبابتلاع وبنزول من سلم ورقى ثم لبث فبطفرة، وحمل كرها وتحول وبأكل رمانة ورغيف بترك حبة وقطعة، وإن لم تصدقينى لفعلت ما فعلت أو تميزى نوى من نوى بتفريق بر.

أى: إذا كان فى فيها تمرة فقال الزوج: إن ابتلعتها فأنت طالق وإن طرحِتها فأنت طالق وإن أمسكتِها فأنت طالق، فأكلت نصفها وطرحت نصفها لم يحنث.

وإن علق بالأكل فابتلعت لم يحنث لأن الابتلاع غير الأكل ولهذا يقال: ابتلع ولم يأكل.

وإن أكلت نصفها وطرحت نصفها لم يخلص وحنث فى يمين عدم الأكل، وليكن قوله: إن أمسكتها، آخرًا ثم تبادر إلى ابتلاعها أو أكل بعضها فإن قدم «أو أمسكتها» ولم تبادر إلى أكل بعضها أو ابتلاعها حنث؛ ولهذا قال: ثم إمساك.

وكذلك إذا قال لها وهى ترقى فى سلم: إن نزلت فأنت طالق وإن رقيت فيه فأنت طالق وإن لبثت مكانك فأنت طالق، فطفرت من السلم إلى الأرض، لم يحنث لأن ذلك لا يسمى نزولاً.

وكذلك إذا حُمِلَت وينبغى ألا يكون الحمل بأمرها؛ لأنك تقول لمن يحملك إلى الأرض: أنزلنى، فإذا كان بأمرها كان نزولاً، وكذلك إذا تحولت إلى سلم كان منصوبًا فإن لبثت حتى نصب لها سلم - حنث.

وكذلك إذا قال لها: إن أكلت هذه الرمانة أو هذا الرغيف فأنت طالق، فأكلتها إلا حبة من حبوبها لم يحنث أو الرغيف إلا قطعة منه - لم يحنث.

قال الرافعى - رحمه الله-: قال الإمام: إن بقيتْ - يعنى من الرغيف - قطعة تحس ويجعل لها موضع فهى كالحبة من الرمانة، وربما ضبط ذلك بما تسمى قطعة خبز، أما ما

---

(١) فى ط: حدد.

يدق مدركه فلا يظهر به أثر فى بِرٍّ ولا حنث، قال: وهذا مقطوع به عندى فى حكم العرف.

ولو قال لمن فعلت فعلاً: إن لم تصدقينى فأنت طالق، فقالت: فعلت ما فعلت بَرَّ؛ لأنها قد صدقته فى أحد الخبرين، أو لمن واكلته فى تمر واختلط نواهما: إن لم تميزى نوى ما أكلت من نوى ما أكلت فأنت طالق، ففرقت النوى بحيث لا يلتقى منه ثنتان بر.

هذا عند الإطلاق، فإن قال: أردت التعيين، قبل لأن اللفظ يحتمله، وفى ذلك أيضًا تغليظ عليه، وقوله: بر: جواب للجميع.

[وقوله فى الحاوى: «وبتمييز نوى من نوى فبددت» إلى قوله: «ورغيف بترك شىء» فيه أمور:

أحدها: قوله: «وبتمييز نوى فبددت»، مقتضاه أنه إذا قال لها: إن ميزت نواى - من نواك فأنت طالق، فميزته بر وهو يحنث بذلك، ولكن تصوير المسألة: إذا لم تميزى نوى ما أكلتُ من نوى ما أكلتِ.

الثانى: قوله: «وبالنزول من سلم والصعود والوقوف»، عطف الوقوف بالواو فاقتضى جواز تقديمه وتأخيره وليس كذلك؛ بل حكمه حكم إمساك التمرة فحقه أن يعطف بـ «ثم».

الثالث: قوله: «وبأكل رمانة ورغيف بترك شىء»، فاقتضى أنه يبرأ بتركه بعض حبه، وفتاته لا أثر لها من الرغيف؛ لأنه يسمى شيئًا، وأقل من تركه حبة من حبوب الرمانة وما يطلق عليه اسم قطعة خبز، كما سبق بيانه][(١)].

وقوله: والبشارة أول خبر بصدق سر أو عين والكذب خبر.

أى: وإن قال: من بشرتنى بكذا فهى طالق، فالبشارة هى أول خبر، ويشترط أن يكون صدقًا فإن بشرتاه واحدة بعد واحدة، طلقت الأولى دون الثانية، وإن بشرتاه معًا طلقتا على الأصح، فإن بان ما بشرت به كذبًا، بان أن لا طلاق ويكفى بالبشارة أن تكتب بها إليه، ثم ليس كل خبر صادق ببشارة، بل ينظر إلى الصيغة، فإن قال: من بشرتنى بقدوم زيد فهى طالق، فهذا بتعيين البشارة قد قطع نظر غيره فيها وطلقت بإعلامه بقدومه وإن كان كارهًا له، وحملناه على أنه قال ذلك تهكما قال الله تعالى: ﴿فَبَشِّرْهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾ [التوبة: ٣٤]. وإن أطلق فقال: من بشرتنى بخبر عن زيد، اشترط أن يكون الخبر سارًّا له بحسب منزلة زيد عنده من صداقة أو عداوة - وأما الخبر فيدخله الصدق والكذب، فإذا

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

قال: من أخبرتنى بقدوم زيد فهى طالق، فأخبرتاه بقدومه، طلقتا سواء كان صدقا أو كذبا، أخبرتاه معًا أو مرتبًا لأن الخبر الكذب خبر أيضًا، ولا يختص الخبر بالأول. وقد أطلق فى «الحاوى» أن البشارة هى الخبر الأول والصدق، وكذا فى «العزيز» و«الروضة». قال الإسنوى فى «المهمات»: قال فى «الكفاية»: لا بد فيه من قيد السرور لأن العرف يقتضيه. ونقل عن الماوردى وجهين، وقال: الصحيح عندى أنه إن قال: من بشرتنى بخبر عن زيد، اشترط أن يكون سارًّا لمن بشرته، قلت: اختلف الأصحاب فى اشتراط كون البشارة سارة. ولعل كلامهم محمول على اختلاف الحالين: فمن لا يشترط السار يفرضه فيما إذا عين فقال: من بشرتنى منكما بقدوم زيد، ومن اشترط السار يفرضه فيما إذا قال: من بشرتنى منكما بعلم عن زيد، فإن كان زيد صديقا فبشرته بظفره بعدوه أو كان عدوًّا فبشرته بظفر عدوه به؛ طلقت لا بعكسه والله أعلم.

وقوله: وحصلت رؤية هلال بثبوته ومس وقذف ورؤية بميت ولو فى ماء لا خياله وقراءة بغير لأمى وقاض عزل بها، وكلام بما يسمعه لولا العارض لا بحمل ريح من بعد، وبلوغ كتاب ببقاء سطر طلاق وعين لكل مسمى بعين وقبل وقذف وفى مسجد بمقتول وقاذف فيه.

أى: إذا قال لامرأته: إن رأيت الهلال فأنت طالق، فرآه غيرها طلقت، وكان كرؤيتها إذ المراد به العلم، وذلك يحصل بثبوت رؤيته وانقضاء الشهر الماضى، قال ﷺ: «صوموا لرؤيته»[1]، أى: لثبتوها، ولو قال أردت رؤية لعين، قبل باطنا وكذا ظاهرا على أشبه[2] الوجهين.

وإن[3] قال: إن مسست زيدًا فأنت طالق: طلقت بمس شىء من بدنه، ميتًا كان أو حيًّا.

وكذلك إذا قال: إن قذفت زيدًا فأنت طالق فقذفته ميتًا طلقت كما لو كان حيا، وكذلك إذا علق برؤية زيد فرأته ميتًا فهو كما لو رأته حيًّا، وتصح رؤيتها وهى مجنونة أو سكرى، ويكفى رؤية شىء من بدنه وإن قل، ولو انغمس فى ماء صافٍ أو حال دونه زجاج[4] شفاف

---

(١) أخرجه البخارى (٤/ ٦١٤) كتاب الصوم باب قول النبى ﷺ «إذا رأيتم الهلال فصوموا...» (١٩٠٩) ومسلم (٢/ ٧٦٢) كتاب الصيام باب وجوب صوم رمضان لرؤية الهلال (١٠٨١/١٩) والنسائى (٤/ ١٣٣) كتاب الصيام باب إكمال شعبان ثلاثين إذا كان غيم، وأحمد (٢/ ٤١٥) والدارمي (٢/ ٣) والدارقطنى (٢/ ١٦٢) والبيهقى (٤/ ٢٠٥، ٢٠٦) عن أبى هريرة.

(٢) فى ط: أشهر.

(٣) فى أ: ولو.

(٤) فى أ: زلال.

فرأته فيه كفى.

ولا يجزئ رؤية خياله فى الماء والمرآة والنوم، وإن كانت عمياء فقال: إن رأيت زيدًا فأنت طالق، فهو تعليق مستحيل، ولا تطليق على الأصح.

وقيل: يكفى حضوره عندها، ولعل كلامهم على الأكمه ونحوه، وأما من يشفيه القدح ونحوه فليس بمستحيل فى حقه. والفرق بين رؤية الهلال ورؤية زيد أن القصد فى رؤية الهلال العلم برؤيته بخلاف رؤية زيد فقد يكون غرضه زجرها عن رؤيته.

وإذا قال: إن قرأت كتابى فأنت طالق: فإن كانت قارئة فرأته لم تطلق هى حتى تقرأه هى، وتكفى مطالعته ومعرفة ما فيه وإن لم يكن صوت.

وإن لم تكن قارئة حصل بقراءة غيرها؛ لأن القراءة فى حق الآدمى محمولة على الفهم.

وإذا كتب الإمام إلى القاضى: إذا قرأت كتابى فأنت معزول، انعزل بقراءته وبقراءة غيره عليه لأن غرض الإمام إعلامه بصورة الحال، لا قراءته بنفسه، والطلاق قد تعلق بقراءتها خاصة لغرض فعمل بمقتضى ظاهر اللفظ.

وإذا قال: إن كلمت زيدًا فأنت طالق، فكلمته من مسافة يسمع مثل ذلك الكلام منها طلقت سواء سمعه أو منعه عارض عن سماعه من ذهول ولغط، وكذا من به صمم على الأصح فى الجميع.

ولو كلمته من مسافة لا يسمع مثل كلامها فبلَّغَهُ إياه عارض ريح لم تطلق، وإذا قال لها: إذا أتاك كتابى فأنت طالق، فضاع أو تلف، لم يبلغها، لم تطلق، وكذا إن غرق وانمحى أثره بالكلية.

وإن بقى أثر الخط مفهومًا فهو كما لم ينمح وإن لم يبق إلا الشطر الذى فيه المقصود من الطلاق طلقت لأنه المقصود من الكتاب.

وإن قال لامرأته: إن رأيت عينا فأنت طالق، طلقت برؤية العين الباصرة والعين الجارية، والشمس وعين الميزاب والذهب والجاسوس؛ لأن الاسم واقع على الجميع.

وإن قال: إن قتلت زيدًا فى المسجد فأنت طالق، طلقت بقتله والمقتول فى المسجد لا إن كان القاتل فى المسجد ورماه وهو خارج المسجد، بخلاف: إن قذفت زيدًا فى المسجد، فإن الشرط أن يكون القاذف فى المسجد لأن المراد ألا تهتك حرمة المسجد وبذلك يحصل الانتهاك، فإن قال: أردت العكس فى المسألتين؛ قبل لأن اللفظ قابل للمعنيين.

وقوله: ومس لا بظفر وشعر وقدوم لا بميت ولا من مكره وناس وجاهل مبال قصد إعلامه وشعر كاليمين ولا تنحل.

أى: وإذا علق طلاقها بمس شخص فمست ظفره أو شعره لم تطلق، ولو علق طلاقها بقدوم زيد فقدم به ميتًا، لم تطلق؛ لأنه لا يقال قدم بل يقال قدم به.

وإذا علق الطلاق بفعل شخص كدخول الدار وقدوم زيد ومسه فحصل من ذلك الشخص وهو ناس أو جاهل أو مكره نظرت:

فإن كان المعلق على فعله ممن لا يبالى بمخالفة الزوج الذى حلف كالسلطان والحجيج طلقت وكان عدم الاختيار كالاختيار، لأنا نعلم أن قصده مجرد التعليق.

وإن كان ممن يبالى به نظرت:

فإن لم يقصد الزوج إعلامه بيمينه حتى يمتنع فهو كمن لا يبالى، تطلق بوجود فعله مختارًا أو مكرهًا ونحوه.

وإن قصد إعلامه فدخل ناسيًا أو مكرهًا أو جاهلاً لم تطلق، وإن دخل ذاكرًا عالمًا مختارًا طلقت، ثم اليمين والطلاق فى ذلك سواء، وإذا ألغينا[1] فعل المكره والناسى والجاهل لم تنحل به اليمين

وقوله فى «الحاوى»: مبال به شعر، مقتضاه أن من علقت الطلاق بفعله وكان ممن يبالى كما إذا علق طلاق امرأة بكلام زيد فكلمته ناسية أو جاهلة أو مكرهة أنها لا تطلق إذا كانت عالمة بيمينك.

وليس ذلك على إطلاق، بل ذلك إذا قصدت إعلامها على يمينك؛ لأنك إذا لم تقصده، علمنا أنك لم ترد منعها بل أردت مجرد التعليق فلها حكم من لا يبالى، أما إذا قصدت إعلامها فمعلوم أنك تريد منعها، فإن دخلت بعد العلم بالتعليق جاهلة بأنه المنهى عنه لم تطلق للجهل، فإن حصل معه إكراه أو نسيان فمن طريق الأولى.

وقوله: وإن طلقت واحدة فعبد حر وثنتين فاثنان إلى أربعة فطلقهن فعشرة، وبكلما خمسة عشر.

أى: إذا كان له نساء وعبيد فقال: إن طلقت امرأة منكن فعبد حر، وإن طلقت امرأتين فعبدان حران، وإن طلقت ثلاثا فثلاثة أعبد أحرار، وإن طلقت أربعا فأربعة أعبد أحرار، ثم طلقهن معًا أو على الترتيب، عتق عشرة؛ لأنه طلق واحدة وثنتين وثلاثًا وأربعًا وذلك عشرة.

---

(١) فى ط: ألفينا.

وإن كان بلفظ «كلما» عتق خمسة عشر، فيعتق بطلاق الأولى[١] واحدة وبطلاق الثانية ثلاثة: واحد لأنها واحدة، واثنان لأنها ثانية، وبطلاق الثالثة أربعة: واحد لأنها واحدة، والثلاثة لأنها ثالثة، وبالرابعة سبعة: واحد لأنها واحدة، واثنان لأنها ثانية للثالثة، وأربعة لأنها أربعة، وقيل: يعتق عشرة.

وقيل: سبعة عشر، فتكرر الثانية، وتقول: الثالثة ثانية بالنسبة إلى الثانية، وقيل: عشرون فتكرر الثالثة أيضًا، ويجعل الرابعة ثالثة بالنسبة إلى الثانية، والصحيح هو الأول؛ لأن من يقول: يعتق عشرة، ألغى حكم «كلما» فى التكرار فى الواحدة والثانية.

ومن قال: سبعة عشر، فقد عد فى يمين الاثنين الثانية مرتين، عدها مع الأولى وعدها مع الثانية.

ومن قال: يعتق عشرون، قال بذلك وعد أيضا الثالثة فى يمين الثلاث مرتين، مرة مع اللتين قبلها ومرة مع التى بعدها.

قال القونوى: واستدل الأصحاب على فساد ذلك بما لو قال: كلما أكلت نصف رمانة فعبد من عبيدى حر، فأكل رمانة عتق عبدان؛ لأن لهما نصفين، ولا يقال: يعتق ثلاثة ويعد الربع الثانى مع الربع الثالث نصفًا[٢] آخر؛ لأن الربع الثانى عده مرة مع الأول فلا يعد مرة أخرى.

ونقل أنهم قالوا: ولهذا أعيدت الواحدة كل مرة لأنها غير ما قبلها، بخلاف هذه لأن التى قبلها قد عدت مرة فلا تعد مرة أخرى، قال: هكذا قالوا، وفيه نظر لا يخفى.

قلت: إنما استشكل كلامهم لأن التى قبلها قد عدت مرة فلا تعد مرة أخرى، وقد وجدناهم عدوا الثانية واحدة وعدوها مرة أخرى ثانية، وعدوا الثالثة واحدة وعدوها ثالثة، وعدوا الرابعة ثلاث مرات واحدة وثانية ورابعة.

ويعنى الأصحاب أن ما عد مرة واحدة باعتبار لا يعد مرة أخرى بذلك الاعتبار، فما عد فى يمين الثانية ثانية لا يعد بعدها مرة أخرى ثانية.

وما عد فى يمين الثالثة ثالثة مرة، لا يعد فى ما بعدها مرة أخرى ثالثة.

وإنما يتضح لك[٣] فساد قول من نقص عن الخمسة عشر أو زاد عليها إذا فرقت ما تضمنته هذه الصورة وفككت بعضه من بعض.

---

(١) فى ط: الأول.
(٢) فى أ: نصفان.
(٣) فى ط: ذلك.

وصورتها: فى [أربع لكل أربع زوجات][١] فقال له رجل: كلما طلقت امرأة فعبد من عبيدى حر، وقال الآخر: كلما طلقت امرأتين فعبدان حران، وقال الثالث: كلما طلقت ثلاثا فثلاثة أعبد، وقال الرابع: كلما طلقت أربعًا فأربعة أعبد، فطلقهن، عتق على الأول أربعة لكل واحدة واحد، وعلى الثانى أربعة لكل ثنتين عبدان، وعلى الثالث ثلاثة، وعلى الرابع أربعة فإذا جمعت ما عتق عليهم وجدته خمسة عشر [إذا طلق كل منهم زوجاته الأربع][٢]، والله أعلم.

وقوله: وكلما ولدت واحدة فصواحبها أو أنتن طوالق فولدت طلقن ثلاثًا، إلا من ولدت بعد واحدة، فإنها تطلق واحدة أو بعد ثنتين فثنتين.

أى: اعلم أنه جمع فى هذه المسألة صورتين لما اتفقتا حكما مع اختلافهما فى التوجيه، وضبطهما بضابط يتبين لك صحته بالتصوير:

الصورة الأولى: إذا قال - وله أربع زوجات -: كلما ولدت إحداكن فصواحبها طوالق، فإذا ولدت نظرت، فإن تعاقبن فولدت الأولى لم تطلق وطلق[٣] صواحبها واحدة واحدة، فإذا ولدت الثانية انقضت عدتها ولم تطلق الثالثة، وصح الضابط لأنها ولدت بعد ثنتين انقضت عدتها بالولادة ولم تطلق بها وصح الضابط لأنها قد ولدت بعد واحدة وحصل بولادتها على الأولى طلقة وكمل على الأخريين طلقتان طلقتان، وإذا ولدت الثالثة انقضت عدتها ولم تطلق الثالثة وصح الضابط لأنها ولدت بعد ثنتين وكمل بولادتها على الرابعة طلقة ثالثة وللأولى طلقتان، وإذا ولدت الرابعة انقضت عدتها وكمل للأولى ثلاث طلقات.

وإن ولدن معًا طلقن ثلاثًا ثلاثا؛ لأن كل واحدة صواحبها ثلاث وقد ولدن.

وكذلك إذا ولدت ثلاث معًا ثم الرابعة فبولادة الثلاث يقع على كل واحدة طلقتان؛ لأن كل واحدة لها صاحبتان وتطلق الرابعة ثلاثًا لأنه قد ولد لها ثلاث صواحب. وإذا ولدت[٤] الرابعة حصل على كل واحدة من الثلاث طلقة ثالثة.

وإن ولدت ثنتان معًا ثم ثنتان معًا طلقت الأوليان ثلاثًا ثلاثًا والأخريان طلقتين طلقتين،

---

(١) فى ط: رجل له أربع زوجات.
(٢) ما بين المعقوفين سقط فى ط.
(٣) فى ط: وطُلِّقنَ.
(٤) فى ط: فإذا ولدن.

لأنه لما ولدت الأوليان طلقت كل واحدة منهما طلقة بولادة صاحبتها والأخريان طلقتين طلقتين لأن كل واحدة منهما ولدت ولها صاحبتان، وعرفت صحة الضابط لأنهما ولدتا[١] بعد ثنتين ولما ولدت الأخريان انقضت عدتهما ولم تطلقا ووقع للأوليين طلقتان طلقتان فكمل لكل منهما ثلاث.

ولو ولدت واحدة ثم ثلاث معًا طلقت الأولى ثلاثًا بولادة الثلاث وكل واحدة من الثلاث طلقت واحدة بولادة الواحدة وانقضت عدتهن بولادتهن أنفسهن وصح الضابط.

الصورة الثانية: أن يقول: كلما ولدت واحدة منكن فأنتن طوالق، وولدن فإن تعاقبن طلقت الأولى بولادة نفسها وكل واحدة من صواحبها طلقة طلقة، فإذا ولدت الثانية انقضت عدتها ولم تطلق، وكمل لكل من الباقيات طلقتان، فإذا ولدت الثالثة انقضت عدتها وتم للأولى والرابعة ثلاث ثلاث، وهذا كما فى الصورة الأولى.

وإن ولدن معًا أو ثلاث ثم الرابعة طلقن ثلاثًا بولادة الثلاث ولم يقع بولادة الرابعة طلاق لكن تنقضى عدتها بالولادة وتعد الباقيات بالأقراء وهكذا باقى الصور.

الطلاق السنى والبدعى

وقوله: وطلاق بلا وجوب ولا بعوض منها فى حيض ونفاس وحق قسم وآخر طهر لا حيض وفى طهر وطئ أو استدخلت ماءه فيه أو فى حيضته ولا حمل له بين بدعى ولو علق ويأثم لا بمعلق وندبت رجعة إلى طهر ثان.

أى: اعلم أن الطلاق ينقسم إلى سنى وبدعى وغيرهما:

فالبدعى[٢] ما ذكر فى هذه الصور، ويستثنى منه الطلاق الواجب عند الشقاق والتطليق على المُولى على ما نقل الأصحاب. قال الرافعى: وكان يجوز أن يقال هو بدعى لأنه الذى ألجأها إلى الطلب بالإضرار وهو غير محتاج إلى الطلاق؛ لأنه قادر على الفيئة فلا ضرورة به[٣] إلى الطلاق فى الحيض.

وكذلك إذا خالعت زوجها فى الحيض لم يكن بدعيًّا لأنه إنما حرم لما فيه من الإضرار بتطويل العدة وقد رضيت بذلك، ولأن بذل المال دليل على الضرورة الموجبة لطلب الطلاق فإن طلقها باختيارها بلا مال فوجهان بناء على العلتين والأصح أنه بدعى، والنفاس كالحيض.

---

(١) فى أ: ولد.
(٢) فى ط: والباقى.
(٣) فى ط: له.

وكذلك الزمن الذى تستحق على الزوج فيه القسم كما إذا بات عند إحدى زوجتيه وطلق الأخرى قبل أن يوفيها حقها من القسم كان الطلاق بدعيًا.

وكذلك إذا وقع الطلاق فى آخر الطهر فهو بدعى كالحيض، وإذا قال لامرأته: أنت طالق فى آخر طهرك وقع بدعيًا، أو فى آخر حيضك وقع سنيًا؛ لأن ذلك وقت الشروع فى زمن الحيض أو الطهر.

ومن البدعى أن يطلق امرأته فى طهر وطئها فيه إذا كانت ممن تحبل ولم يظهر حملها؛ لأنه ربما ندم على الطلاق بتقدير ظهور الحمل وتعذر التدارك فيتضرر الوالد والولد.

والحمل إنما يمنع كون الطلاق بدعيًا إذا كانت تنقضى به عدة الطلاق، أما إذا لم يلحقه لكونه من زنى أو شبهة فإنه لا تنقضى به عدة الطلاق فيكون الطلاق فيه بدعيًا، وقد احترز عن ذلك بقوله: «ولا حمل له بين»: أى للواطئ. وكذا لو كان قد وطئها فى الحيضة التى استعقبها هذا الطهر الذى أراد أن يطلقها فيه لأن بقية الحيض لا تدل على براءة الرحم، فيحتمل العلوق، وإليه الإشارة بقوله: «أو فى حيضته»، واستدخالها ماء الزوج كالوطء لاحتمال الحمل منه.

وكذا وطؤها فى الدبر وقد بينا أنه يوجب العدة، واختلاع الأجنبى فى الحيض بدعى على الأصح، وما وقع بالتعليق من طلاق فى الحيض فهو بدعى يستحب أن يراجع بعده كغيره، لكن لا إثم فيه إذ التعليق ليس بمحرم، فكذلك وقوع الطلاق. قال الرافعى: ويمكن أن يقال إن علق الصفة باختياره وأوقعها[1] كان بدعيًا.

ويستحب لمن طلق طلاقًا بدعيًا أن يراجعها ويمسكها إلى أن تحيض وتطهر مرة أخرى ليتمكن من وطئها فى الطهر الأول وطلاقها فى الثانى، ولا يستحب الجماع فى الطهر الأول بل يكفى إمكانه.

[وقوله فى الحاوى: «وفى الحيض والنفاس وآخر الطهر لا الحيض. . .» إلى قوله: «وندبت الرجعة» فيه أمور:

أحدها: قوله: «والحيض والنفاس»، يستثنى من ذلك الطلاق الواجب.

الثانى: قوله: «ولم يظهر حملها»، هذا إذا كان الحمل من الزوج، أما إذا كان زنى أو وطء شبهة، فإن الطلاق بدعى، فلو قال: حملها منه كان أولى.

الثالث: قوله: «لا اختلاعها»، دخل فيه اختلاعها من الأجنبى؛ لأنه يقال: جرى

---

(١) فى ط: ووافقهما.

اختلاعها منها ومن الأجنبى، والأصح أن اختلاعها من الأجنبى بدعى.

الرابع: قوله: «والنظر بالوقوع»، يفهم منه أن ما وقع من الطلاق فى الحيض بتعليق بدعى حرام؛ لأنه وصله بقوله: «بدعى حرام»، وليس بحرام، وإنما سمى بدعيًّا؛ لاستصحاب المراجعة.

الخامس: قوله: «وندبت الرجعة إلى الطهر»، مقتضاه أنه إذا طلقها فى الحيض استحب أن يراجعها فيه، فإذا راجعها فيه وطهرت طلقها وحصل المستحب، وليس كذلك، بل لا يحصل حتى يمسكها إلى طهر ثانٍ.

السادس: أنه أهمل من البدعى ما إذا وجب عليه قسم لامرأة فطلقها قبل أن يوفيها فإنه بدعى حرام؛ لكنه فرض][1].

وقوله: وغيره سنى وإن جمع ثلاثًا وتفريق أولى وإن أمن حمل أو طهر، فلا كفسخ.

أى: والطلاق إذا كان فى غير ما ذكرناه لا فى حيض ونفاس ولا فى طهر وطئ فيه ونحوه، ولا على من لها حق قسم فهو سنى، وإن جمع بمرة واحدة الطلاق بالثلاث، بأن قال: أنت طالق ثلاثًا؛ لما روى أن عويمر العجلانى لما لاعن عند رسول الله ﷺ قال: «كذبت عليها إن أمسكتها، هى طالق ثلاثا»[2] ولم ينكر عليه النبى ﷺ ولو كان حرامًا لأنكره[3]، وإن كان غير واقع حينئذ لحصول الفرقة باللعان لئلا يعود إلى مثله. لكن تفريق

---

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

(٢) يأتى تخريجه فى اللعان.

(٣) يستحب لمن أراد أن يطلق امرأته أن يطلقها واحدة؛ لأنه إن ندم على طلاقها أمكنه تلافى ذلك بالرجعة.

وإن أراد أن يطلقها ثلاثا فالمستحب أن يفرقها فى كل طهر طلقة.

وحكى أبو على السنجى عن بعض أصحابنا أنه قال: لا سنة فى عدد الطلاق ولا بدعة، وإنما السنة والبدعة فى الوقت، والمنصوص هو الأول؛ لأنه يسلم بذلك من الندم، ويجوز أن يكون فعل الشىء سنة، ولا يكون تركه بدعة: كتحية المسجد والأضحية، وما أشبه.

وإن كانت صغيرة أو آيسة، وأراد أن يطلقها، فالمستحب أن يطلقها فى كل شهر طلقة؛ لأن كل شهر بدل عن قرء فى حقها.

وإن كانت حاملا، فقد قال بعض أصحابنا: يطلقها كل شهر طلقة.

وقال أبو على السنجى: يطلقها على الحمل واحدة، فإذا طهرت من النفاس طلقها ثانية، فإذا طهرت من الحيض بعد النفاس طلقها الثالثة. وأراد أبو على إذا استرجعها قبل وضع الحمل.

فإن خالف وطلقها ثلاثا فى طهر واحد، أو فى كلمة واحدة - وقع عليها الثلاث وكان مباحا ولم يأت محرما، وبه قال عبد الرحمن بن عوف، والحسن بن على بن أبى طالب، ومن التابعين ابن سيرين، ومن الفقهاء أحمد بن حنبل.

وقال مالك، وأبو حنيفة: جمع الثلاث فى وقت واحد محرم، إلا أنه يقع كالطلاق فى الحيض، =

الثلاث أولى من جمعها فيفرقها فى كل قرء أو شهر طلقة، وإن أراد جمعها فى قرء فرق على الأيام فيطلق واحدة، ثم يراجع ثم يطلقها حتى يستكمل الثلاث. ثم طلاق من أمن حملها ومن ظهر بها الحمل لا سنى ولا بدعى، وإن طلقها فى طهر جامعها فيه، ويدخل فى ذلك من لم يدخل بها والصغيرة التى لا يتوقع منها الحمل، والآيسة ومن ظهر حملها وكان من الواطئ كما سبق فهؤلاء الأربع لا بدعة فى طلاقهن ولا سنة والفسخ ليس بسنى ولا بدعى لأنه وضع لدفع ضرر ناجز فلا يناسبه تكليف مراقبة الأوقات.

وقوله: وطلقى نفسك تمليك فتبادر ويرجع قبله ولغا بتعليق فإن طلقت ونوت دون ما ذكر أو نوى وقع، وإن أطلقت فمذكوره وإن كنى وصرحت.

أى: وإذا قال لامرأته: طلقى نفسك، فذلك تمليك لا توكيل على الأصح؛ لأن فائدته تعود إليها وقبولها هو الامتثال، فإذا قالت فورًا: طلقت نفسى، طلقت ولو أمهلت قدرًا لا يحتمل مثله بين الإيجاب والقبول ثم طلقت، لم يقع[1].

وللزوج أن يرجع قبل أن تطلق نفسها كما يجوز فى سائر التمليكات الرجوع قبل القبول، وإن وقع بتعليق لم يصح أى منه ومنها: أما منه فلأن التمليكات لا يصح التعليق فيها، وأما منها فلأنه لم يملكها تعليق الطلاق، بل لو قال لها: علقى طلاقك بكذا، ففعلت لغا؛ لأن التعليق له حكم اليمين، وتفويض الطلاق إليها تمليك أو وكالة، واليمين لا تقبلهما، وتفويض العتق إلى العبد كتفويض الطلاق إلى الزوجة.

وإذا قال لها: طلقى نفسك ثلاثًا، أو نوى الثلاث، فخالفته، وقالت: طلقت نفسى واحدة أو ثنتين، أو نوت ذلك وقع؛ لأن من أذن فى الثلاث فقد أذن فى الواحدة، وإن أطلقت ولم تذكر عددًا ولا نوته بأن قالت: طلقت نفسى، وقع ما ذكر وتلفظ به لا ما نواه فتطلق ثلاثًا فيما إذا ذكر الثلاث، وواحدة فيما إذا نواهن لأن التخاطب إنما يقع باللفظ فيكتفى به من خوطب عن إعادة العدد ولا يمكن ذلك فى المنوى.

ولو صرح أحدهما فكنى الآخر، وقع كما إذا صرحا معًا، فإذا قال: طلقى نفسك، فقالت: أبنت نفسى، ونوت أو بالعكس وقع.

وقوله: ولا تقبل إرادة تفريق ثلاث أو ثلاث للسنة ممن يبيحها أو تعليق أو استثناء

= وبه قال عمر، وعلى، وابن عباس، وابن مسعود.

وذهب أهل الظاهر وكذا ابن القيم وشيخه ابن تيمية إلى أن الثلاث إذا أوقعها فى وقت واحد لا تقع، وبه قال بعض الشيعة، وقال بعضهم: تقع واحدة.

(١) فى ط: وقع.

واحدة أو تخصيص تعليق بمدة ودين لا فى إن شاء الله تعالى، وقبل صرف بقرينة كحل وثاق وتزوجت على.

أى: إذا قال لامرأته: أنت طالق ثلاثًا، وقعن فى الحال، فإن قال: أردت أن تكون مفرقة[١] لم يقبل منه، وكذا إذا قال: أنت طالق ثلاثًا للسنة فإنها تطلق بحصولها فى طهر لم يجامعها فيه، فإن قال: أردت تفريقها على الأقراء لم يقبل ظاهرًا؛ لأن جمع الثلاث عندنا من السنى واللفظ يقتضى حالة إرادة صرفه عنها، فلم يقبل إلا إذا كان يعتقد[٢] أن جمع الثلاث بدعى فيقبل منه ظاهرًا، وإليه الإشارة بقوله ممن يبيحها.

وكذلك لا يقبل إرادة التعليق، فإذا قال: أنت طالق، ثم قال: أردت إن دخلت الدار - لم يقبل ظاهرًا لصرف اللفظ عن مقتضاه، وهل يُدَيَّنُ؟ فيه خلاف، الأصح نعم.

وكذلك لا تقبل إرادة الاستثناء لواحدة من نسائه إذا قال: نسائى طوالق، فاستثنى واحدة منهن بقلبه وفيه، وفيما إذا قال: إن كلمتك فأنت طالق، وقال: أردت إلى شهر، فهل يقبل منه هذا التخصيص ظاهرًا؟ فيه خلاف، والأصح المنع، لكنه يُدَيَّنُ، فيدين فى هذه المسائل إلا فى: إن شاء الله. والصحيح أنه لا يدين؛ لأن التعليق بمشيئة الله يرفع حكم الطلاق فيكون كما لو قال: أنت طالق طلاقا لا يقع عليك، والتعليق بدخول الدار ومشيئة زيد لا يرفعه بل يخصصه، وإذا كان هناك قرينة ظاهرة تصرف الصريح عن مقتضاه قبل ظاهرًا على الأصح، كما إذا عاتبته[٣] امرأته وقالت: تزوجت على أخرى فقال: كل امرأة لى طالق فقال: أردت غيرك، قبل ظاهرًا على الصحيح[٤]، وكذلك إذا قال - وقد حلها من وثاق-: أنت طالق، فقال[٥]: أردت أنها أطلقت من وثاق[٦].

[وقوله فى الحاوى: «ولا تقبل إرادة التفريق» إلى قوله: «إن شاء الله»، فيه أمور:

أحدها: قوله: «ولا تقبل إرادة التفريق على الأقراء فى ثلاث للسنة» ليس على إطلاقه، بل ذلك لمن له مشيئة، وإن جمع الثلاثى بدعى، فإن اعتقد قبل قوله ظاهرًا.

الثانى: أنه أطلق فى هذه الصورة عدم القبول ولم يصرح بالتَّدْيين فيه، وكلها يُدَيَّنُ فيها.

الثالث: أنه استثنى من ذلك ما إذا ظهرت قرينة.

---

(١) فى أ: معرفة.
(٢) فى أ: معتقدًا.
(٣) فى ط: عايبته.
(٤) فى ط: الأصح.
(٥) فى أ: وقد.
(٦) فى أ: طلقت من الوثاق.

وقوله: يقبل معها ظاهرًا وباطنًا، ثم عطف عليها أو فى مطلق التعليق شهرًا، فعدَّه مع ما يقبل ظاهرًا، والقائل بقبوله ظاهرًا وجه ضعيف، ثم إنه استثنى «إن شاء الله» مما يقبل ظاهرًا عنده، والصحيح أن إرادة استثنائها لا يقبل ظاهرًا قطعًا ولا باطنًا على الصحيح كما سبق بيانه][١].

* * *

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

الرجعة[(١)]

وقوله: فصل: الرجعة لمن ينكح وإن أحرم فى معينة طلقت لا ببينونة وردة لا معلقة وإن لم يشهد.

---

(١) الرجعة: فى اللغة - بفتح الراء وكسرها -: مصدر رجع - المرة والحالة.
ويقال: له على امرأته رجعة ورجعة، وهو عود المطلق إلى مطلقته.
ويقال: طلق فلان فلانة طلاقًا يملك فيه الرجعة والرجعة.
قال الجوهرى: والفتح أفصح، خلافًا للأزهرى فى دعوى أكثرية الكسر كما نقل عنه بعضهم.
غير أن نسخة التهذيب لم يدع فيها أكثرية الكسر، وفى النهاية: رجعة الطلاق، تفتح راؤه، وتكسر على المرة والحالة، وهى ارتجاع الزوجة المطلقة غير البائن إلى النكاح من غير استئناف عقد. وذكر الزمخشرى أيضًا فيه الكسر والفتح، وهو مجاز.
وأما الرجعة فى الاصطلاح:
فهى عند الشافعية: رد المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن فى العدة على وجه مخصوص.
قولهم: رد المرأة إلى النكاح، أى: من النكاح الناقص إلى النكاح الكامل، فلا إشكال بكونها فى نكاح.
وقال بعضهم: إلى النكاح، أى: إلى موجبه، وهو الحل.
وقولهم: على وجه مخصوص، أى: ومنه ألا يستوفى عدد طلاقها وأن تكون معينة محلاً لحل، بخلاف المبهمة والمرتدة.
وعند الحنفية: هى استدامة النكاح القائم فى العدة.
قولهم: هى استدامة النكاح، أى: طلب دوام النكاح القائم على ما كان ما دامت.
وقولهم: فى العدة؛ وذلك لأن الملك باق فى العدة زائل بعد انقضائها.
وعند المالكية - كما عرفها ابن عرفة: (رفع الزوج أو الحاكم حرمة المتعة بالزوجة لطلاقها، قال: فتخرج المراجعة، قال: وعلى رأى رفع إيجاب الطلاق حرمة المتعة بالزوجة بانقضاء عدتها).
ثم نقل عن ابن الحاجب أنه حد الرجعة بقوله: رد المتعة عن طلاق قاصر عن الغاية ابتداء غير خلع بعد دخول ووطء جائز، قبلوه ويبطل طرده بتزويج من صح رجعتها بعد انقضاء عدتها، فنقول: قول ابن الحاجب رحمه الله رد المعتدة كأنه كالجنس؛ لأنه يشمل إذا رد معتدة مع كون الطلاق بائنًا، ويشمل غيره. وقوله المعتدة، احترز به إذا خرجت من العدة فإنها مراجعة لا رجعة. قوله: عن طلاق قاصر أى رد المعتدة عن تحريم المتعة بالطلاق. قوله قاصر عن الغاية احترز به إذا ردها بعد غاية الطلاق، إما بالثلاث فى الحر أو باثنين فى غيره، فإن ذلك ليس برجعة. قوله ابتداء، قرره الشيخ ابن عبد السلام بوجهين، انظره. قوله غير خلع، أخرج به طلاق الخلع لأن ما يقع بعده مراجعة لا رجعة، وكذلك بعد دخول إلخ انظر شارحه، وما أورد عليه من الأسئلة، وفى بعض أجوبتها بحث لا يخفى. فلنرجع إلى اعتراض الشيخ رحمه الله على هذا الرسم وما ذكر من أنه اختص به بعد أن قبله شراحه. قوله ويبطل إلخ، معناه فيما يظهر أن من طلق زوجته طلاقًا رجعيًّا ثم خرجت من العدة ثم تزوجها بعد فإنه يصدق فيها الحد وليس ذلك برجعة.
فإن قلت: كيف يقول الشيخ قبلوه وقد استحضر الشيخ ابن عبد السلام مثل هذا الرد وأخرجه من كلام ابن الحاجب، لأجل قوله المعتدة لأن هذه ليست بمعتدة؟
قلت: لعله مضى على أن اسم الفاعل أو المفعول، إطلاقه على ما مضى حقيقة وفيه نظر، لأن هذا خلاف ما ينص عليه فى اللعان، ووجد بخط الشيخ رحمه الله هنا فى رده على ابن الحاجب فى مبيضته كلام يتأمل فيه، ولفظه: فإن قيل: هى بعد العدة غير معتدة منع لأن المشتق من معنى لا =

أى: اعلم أن الرجعة بفتح الراء وكسرها والفتح أفصح، وهى رد المطلقة إلى النكاح بهذه الصيغ الآتى ذكرها بشروط:

أحدها: أن يكون المراجع ممن يصح منه النكاح؛ فلا تصح من صبى ومجنون ومرتد. وتصح من العبد لأنه ممن ينكح، ولا يشترط إذن السيد فيها على الصحيح لأنها استدامة للنكاح الأول، وتصح من الولى وتتصور فى مجنون طلق قبل الجنون؛ لأن الصبى والمجنون لا يصح طلاقهما.

وإنما تصح الرجعة فى معينة، فلو[1] قال: إحدى امرأتىَّ طالق، ثم قال: راجعت

= يصدق إلا بعد تمام حصوله لا قبل تمامه كالقاتل، ولقولها: إن قالت المعتدة: قد دخلت فى دم الحيضة الثالثة ثم قالت: كنت كاذبة، انتهى. وتأمل هذا الكلام فإنه يلزم عليه إلزامات شنيعة. وأما حد الشيخ رحمه الله تعالى ورضى عنه فالمحدود هو المصدر، ولذا أتى بالرفع وهو مصدر والرفع جنس، وذكر الزوج أخرج به رفع غيره، ولم يعين رحمه الله ما يقع به رفع الحرمة وهو ما تقع به الرجعة، والمرفوع به نية ولفظ، ولا يقع ذلك بالنية وحدها على الصحيح، والإشهاد عليها ليس بشرط على المشهور. فإن قال: متى طلقتك فقد ارتجعتك فهل تصح الرجعة بذلك؟ قال فى سماع القرينين: لا تصح بذلك. قال ابن رشد: لأن الرجعة لا بد فيها من النية بعد الطلاق.

فإن قلت: إن قال إن تزوجتها فقد طلقتها فإن الطلاق لازم، فما الفرق؟

قلت: قال ابن رشد: الطلاق حق على الرجل، والرجعة حق له، والذى عليه يلزمه بالتزامه، والذى ليس له أخذه قبل أن يجب، انظره والله أعلم.

قوله: (أو الحاكم) أشار به إلى إدخال ما إذا طلق فى الحيض وامتنع من الرجعة فإن الحاكم يحكم عليه بالرجعة.

فإن قلت: كيف يحكم عليه الرجعة؟

قلت: كما يحكم عليه برفع الحرمة.

فإن قلت: ظاهره أن حرمة المتعة ترتفع برجعة الحاكم فيصح وطء الزوج بها وهو لا يجوز.

قلت: بل الأصل جواز الوطء بذلك عند المحققين.

قوله: (حرمت المتعة)، هذا هو المرفوع، واحترز من رفع الحلية.

قوله: (بطلاقها) متعلق بالحرمة، واحترز به من رفع الزوج الحرمة بغير الطلاق كما إذا رفع حرمة الظهار.

فإن قلت: إذا وقع الظهار فإنما يحرم الوطء وأما المتعة فلا يدخل الظهار فى الحد، فكيف يخرج منه ما لا دخول له؟

قلت: بل تحرم المتعة كالقبلة وما شابهها، وقيل: يستحب له ترك ذلك.

وقول الشيخ رحمه الله: (فتخرج المراجعة)، إنما خرجت لأنها مفاعلة من الجانبين والرجعة من جانب واحد، فخرجت من قوله: (رفع الزوج) وقول الشيخ رحمه الله: (وعلى رأى) إلخ هذا أشار به إلى ما ذكرناه من الخلاف فى كلام القاضى وابن بشير، وأشار إلى هذا آخر الرجعة. وقال القاضى عياض إنها محرمة حتى يرتجع، وابن بشير يقول: إنها على الإباحة، وكلام القاضى عياض هو نص المدونة فى قوله: لا يرى شعرها ولا يتلذذ بها.

وأما الرجعة عند الحنابلة: فهى إعادة مطلقة غير بائن إلى ما كانت عليه بغير عقد.

(١) فى أ: فإن.

المطلقة منهما - لم تصح.

ولا تصح إلا فى موطوءة فى القبل وكذا فى الدبر على الأصح، أما لو استدخلت ماءه فإنه تجب العدة، وتناقَضَ تصحيح الرافعى فصحح المنع من المراجعة فى أوائل النكاح وجزم بثبوت الرجعة بعده فى أوائل الكلام على الفسخ بالعنة، واقتضى أنه المعروف للشافعى، وبذلك يظهر ترجيح الفتوى بثبوت الرجعة، قاله الإسنوى.

ولا تصح إلا فيمن طلقها ولم تبن، فلا رجعة فى المفسوخ نكاحها لأن الفسخ وقع لدفع الضرر فلا يليق به جواز الرجعة.

ولا فى بائن لا البينونة الصغرى بالخلع، ولا الكبرى بالثلاث للحر وطلقتين للعبد، ولا تصح الرجعة إلا ما دامت عدته عليها وإن كانت فى عدة غيره.

ولا تصح الرجعة إلا إن نجزت، فلا تصح بالتعليق كالنكاح وسائر العقود بل لو قال: راجعتك إن شئت، فقالت: شئت - لم تصح وإن صح البيع ونحوه بذلك، على الأصح.

والفرق أن ذلك مقتضى العقد فى البيع دون الرجعة فإنها ليست إلى اختيارها.

ولا تصح من مرتد ولا من مرتدة لأنهما ليسا من أهل النكاح. ولا يشترط الإشهاد بل تصح دونه؛ لأنها لاستدامة النكاح ولهذا لا يحتاج إلى ولى، ولا إلى رضاها. وتصح من المحرم وإن كان لا يصح له أن ينكح لأنه استدامة للنكاح.

وقوله: برجعت راجعت ارتجعت، وبردت إلى أو إلى النكاح، وكناية كأمسكت، تزوجت، رفعت التحريم، وكتابة وبترجمة لا بإنكار طلاق ولا بوطء فحرم ولا حد بل مهر لا فى ردة بعود.

أى: الرجعة بهذه الألفاظ الثلاثة لا بالفعل فلا بد أن يقول: راجعتك أو راجعت زوجتى، ولا يحتاج أن يقول: إلى ولا إلى نكاحى؛ لشهرة هذه الألفاظ لكن يستحب أن يقول ذلك.

والأصح أن قوله: رددتك، صريح بشرط أن يضيف فيقول: إلى أو إلى نكاحى أو إلى النكاح لأن الذى يتبادر إلى الفهم أن الرد ضد القبول فيفهم الرد إلى الأبوين بسبب الفراق. فلزم تقييده بهذا وإلا لكان كناية، بخلاف الألفاظ الثلاثة.

ويصح أيضًا ترجمتها بالعجمية وإن كان يحسن العربية، وتصح أيضًا بالكناية لأنه لا يجب الإشهاد، فتصح بالكناية كالبيع بخلاف النكاح.

ومن الكناية: أمسكتك، وتزوجتك، ونكحتك على الأصح فى الجميع.

ومن كنايات الرجعة: أعدت الحل، ورفعت التحريم، وما أشبه ذلك.

وإذا كتب راجعت زوجتى ونوى، صح.

ولا تحصل الرجعة بإنكار الطلاق ولا بالوطء وسائر الاستمتاعات وإن نوى بها الرجعة؛ لعدم دلالتها عليها.

ويحرم وطء الرجعية، لكن لو وطئها فى العدة لا يُحَدُّ؛ لاختلاف العلماء فى حله، ويوجب مهر المثل إن لم يراجعها، وكذا إن راجع على الأصح، بخلاف من وطء امرأته المرتدة فى عدة الردة ثم عادت إلى الإسلام لا يلزمه مهر.

والفرق أن العود إلى الإسلام يمحو أثر الردة فى النكاح بخلاف الرجعة فإنها لا تمحو أثر الطلاق بدليل نقصان العدد.

وقوله: ويقبل رجوع منكرة رجعة لا رضا بنكاح ولا مقرة بنسب ورضاع.

أى: وإذا ادعى الرجعة فأنكرت وكان القول قولها، ثم عادت عن الإنكار واعترفت بالرجعة صدقت، وقبل إقرارها الثانى، بخلاف ما إذا أقرت أن بينها وبين فلان نسبًا أو رضاعًا ثم رجعت لم يقبل، والفرق أن الإقرار بأخوة النسب أو الرضاع أمر ثبوتى ينبغى أن يكون عن علم؛ فلا يقبل الرجوع فيه[1]، وإنكار الرجعة نفى يستلزم العلم؛ فلم يكن فى الرجوع عنه تناقض، وكذا لو أنكرت الرضا بالنكاح ثم اعترفت بعد ذلك لم يقبل.

والفرق أن الرجعة لا يفتقر فيها إلى علمها؛ فالظاهر أن إنكارها لها إقحام ما لا حقيقة له عندها بخلاف إنكارها الرضا الذى لا يصدر عن جاهل به فلا يسمع دعواها الجهل به.

[وقوله فى الحاوى: «برجعت راجعت»: إلى آخر الفصل، فيه أمور:

أحدها: أنه عد قوله: «وأمسكت» من الصرائح، والأصح أنه كناية. قال فى المهمات: بعدما نقل كلام العزيز: وإيراده فيها وجهين بلا ترجيح، ولم يرجح فى الشرح الصغير أيضًا.

ورجح فى المحرر أنه صريح، وعبر بالأظهر، ونقله عنه فى الروضة وسكت عليه.

قال: والصواب: أنه كناية، فقد قال فى البحر: إن الشافعى نص عليه فى عامة كتبه.

الثانى: قوله: «ومعناها»، أراد وترجمتها بالعجمية، فلو قال: وترجمتها، كان أولى؛ لأن المفهوم من لفظه أن لما فى معناها بالعربية حكمها، والأصح أن صرائح الرجعة فيما عدده كما فى العزيز والروضة.

الثالث: قوله: «ورضى النكاح» أن يقبل رجوعها عن الإنكار إذا أنكرت برضاها، هذا ما اختاره الغزالى، والمنصوص خلافه.

قال فى الروضة: فلو زوجت - وهى ممن يعتبر رضاها - فقالت: لم أرض بعقد

---

(١) فى ط: عنه.

النكاح، ثم رجعت فقالت: رضيت وكنت نسيت، فهل يقبل رجوعها، أم لا فلا تحل إلا بعقد جديد؟ فيه وجهان: المنصوص: الثانى، نقله أبو الطيب، ورجح الغزالى الأول. هذا لفظه.

الرابع: قوله: «وعادت لا عن رضاع ونسب»، ولم يتقدم إلا الرجوع عن الإنكار، والمراد لا عن إقرار بنسب ورضاع][1].

(١) ما بين المعقوفين سقط فى ط.

فهرس المحتويات

* * *